

ZABRANJENI SPORAZUMI U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Dr. sc. Ana Pošćić, znanstveni suradnik
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK:339.137.2::061.1(4)
Ur.: 1. prosinca 2010.
Pr.: 18. siječnja 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Člankom 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koji ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu između država članica. Za primjenu zabrane nužno je ispuniti određene uvjete. Jedan od njih pretpostavlja kako mora postojati „sporazum“ između poduzetnika. Pod pojmom „sporazuma“ podrazumijevaju se sporazumi, odluke udruženja i bilo koji oblik usklađenog ponašanja poduzetnika.

U Ugovoru ne postoji definicija „sporazuma“ te ono svoje značenje dobiva kroz sudsku praksu. Budući da je iznimno teško razlikovati situacije u kojima poduzetnici inteligentno odgovaraju na reakcije svojih konkurenata od onih situacija u kojima svjesno djeluju sa znanjem o ponašanju drugog, važno je utvrditi neke zajedničke karakteristike u tumačenju pojma „sporazuma“. Zbog toga se u radu promatraju i analiziraju najvažnije odluke Komisije i presude sudova Europske unije te pokušava pronaći zajedničke parametre u njihovim promišljanjima.

Osobita se pozornost posvećuje kategoriji usklađenog djelovanja koja nastoji obuhvatiti sve one antikompetitivne prakse koje se ne mogu podvrgnuti pod definiciju sporazuma ili odluka koje usvajaju udruženja. Osobito je zanimljivo vidjeti što je s situacijama koje uključuju jednostrana postupanja.

Zaključuje se da se koncept „sporazuma“ kako se interpretira u sudskoj praksi, usmjerava na postojanje volje između najmanje dvije strane, pri čemu oblik u kojem se manifestira je nebitan sve dok postoji vjerno izražavanje namjere stranaka.

Ključne riječi: tržišno natjecanje, europsko pravo, sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika, usklađeno djelovanje.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Načelo slobodnog ugovaranja predstavlja temeljno načelo slobodnih tržišnih odnosa. Međutim, zabranjeno je sklapati sporazume koji na umjetan način mijenjaju uvjete slobodnog tržišnog natjecanja čime smanjuju broj dostupnih proizvoda i povisuju cijene.¹ Člankom 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU)² zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koji ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu između država članica.

Čl. 101.³ glasi:

“1. Kao nespojivi sa zajedničkim tržištem, zabranjeni su svi sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu između država članica i koji za cilj ili učinak imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja unutar zajedničkog tržišta, a osobito oni kojima se:

neposredno ili posredno određuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti;

ograničavaju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja;

dijele tržišta ili izvori nabave;

primjenjuju nejednaki uvjeti na iste ili slične poslove s različitim trgovačkim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;

sklapanje ugovora uvjetuje pristankom drugih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

2. Svi sporazumi ili odluke zabranjeni na temelju ovog članka ništavi su.

3. Međutim, odredbe st. 1. mogu se proglasiti neprimjenjivima u slučaju:

svakog sporazuma ili vrste sporazuma između poduzetnika;

svake odluke ili vrste odluka udruženja poduzetnika;

svakog zajedničkog djelovanja ili vrste zajedničkog djelovanja,

koji pridonose poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka, pri čemu potrošačima omogućavaju pravedan udio u koristi koja iz njih proizlazi, te koji:

tim poduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu neophodna za postizanje ovih ciljeva; i tim poduzetnicima ne omogućavaju uklanjanje konkurencije u pogledu značajnog dijela proizvoda u pitanju.”

Struktura čl. 101., može se podijeliti u tri dijela: generalnu zabranu uz indikativnu listu mogućih primjera (st. 1.), pravnu posljedicu zabranjenog sporazuma

1 Van Bael, Ivo, Bellis, Jean-Francois, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Hag, 2005., str. 27.

2 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, O.J. 2010., C 83/01.

3 U tekstu se hrvatsko pravo tržišnog natjecanja neće posebno odvajati od europskog budući da je naše zakonodavstvo u tom segmentu usklađeno s europskim. Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN br. 79/09) odredbe o zabranjenim sporazumima sadrži u člancima 8., 9., 10. i 11.

ili klauzule ukoliko se može izdvojiti iz sporazuma (st. 2.) i iznimke od zabrane (st. 3.).

Člankom 101., zabranjuju se zajednička djelovanja poduzetnika koja štete postojećem ili potencijalnom tržišnom natjecanju, a u konačnici potrošačima. Ponašanje u kojem sudjeluje nekoliko poduzetnika uvijek je teže prepoznati i spriječiti za razliku od monopola. Ako djelovanje jednog poduzetnika koji je u vladajućem položaju šteti tržištu i negativno utječe na blagostanje, logično je da će slični učinci nastati i djelovanjem grupe poduzetnika koji usklađeno djeluju.⁴ Zabranjeni sporazumi su vrlo primamljivi za njihove sudionike jer ukoliko se sporazum uspješno primjenjuje ostvarena dobit će biti daleko veća od one koje bi poduzetnici postigli samostalnim djelovanjem. Najčešće je riječ o tajnim sporazumima, usklađenim djelovanjima ili različitim oblicima koluzije. Njima se nastoji ostale tržišne natjecatelje isključiti s tržišta čime im se otvara mogućnost povisivanja cijena i ostvarivanja dodatne dobiti. U konačnici potrošači su ti koji plaćaju više za proizvode i usluge slabije kvalitete.⁵ Idealna situacija za sudionike kartela bila bi u kojoj bi se skupina poduzetnika približila ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju.⁶ Svjesna opasnosti za slobodno tržišno natjecanje Komisija je 2005. godine osnovala poseban odjel koji se bavi isključivo pitanjima kartela.⁷

Zabranjuju se sporazumi među poduzetnicima koji su najčešće stvarni ili potencijalni konkurenti i to bez obzira djeluju li na istoj razini proizvodnje ili na različitim razinama.⁸ Obuhvaćeni su horizontalni i vertikalni sporazumi.⁹

Za primjenu čl. 101., st. 1. UFEU bitno je utvrditi postojanje poduzetnika, sporazuma, cilj ili učinak sporazuma kojim se nastoji spriječiti, ograničiti ili ugroziti

4 Furse, Mark, *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 133.

5 Report on Competition Policy 2005., Brisel, SEC (2006) 761 final, str. 7., <http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/en.pdf>, internet stranica posjećena 21. 09. 2008.

6 Furse, M., op. cit., str. 135.

7 Report on Competition Policy 2005., str. 7.

8 Jones, Alison, Sufirin, Brenda, *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 101.

9 Kod nas je do sada Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja usvojila relativno maleni broj odluka vezanih uz ocjenu kartela. U razdoblju od 1997. do 2007. godine usvojeno je svega pet kartelnih odluka. Većina odluka se temeljila na postojanju izričitih dogovora između poduzetnika. Tako je, primjerice, u predmetu „Ortopedska pomagala“ bilo riječi o formalnom kartelu, odnosno o sporazumu o cijenama. (Odluka od 15. 12. 1997., klasa: UP/I-030-02/97-01/13, ur. broj: 580-03/97/25, Otto Bock Adria d.o.o., Samobor, objavljena u Glasniku AZTN-a, br. 1., prosinac 1999., str. 29. i 81-83. Za listu ostalih odluka koje nisu objavljene kao i više o njima vidjeti: Pecotić Kaufman, Jasminka, *Horizontalni sporazumi o cijenama u pravu tržišnog natjecanja*, doktorska disertacija, Zagreb, 2008., str. 207. i dalje). Slična je bila situacija u predmetu „Splitske autoškole“ gdje je postojao „Ugovor o cijeni autoškola za B kategoriju“ (Biserka - ST d.o.o., Auto škola Centar d.o.o. i dr., klasa UP/I-030-02/99-01/134, odluka od 19. 02. 2001., NN br. 18/01.). U novijem predmetu „Sporazum o razminiranju“ bila je riječ o sporazumu („protokolu“) koji su sklopili 17 poduzetnika koji se bave razminiranjem (Hrvatski centar za razminiranje protiv AKD - Mungos d.o.o. i dr., klasa UP/I-030-02/2004-01/95, odluka od 4. 10. 2005., NN br. 119/05.).

tržišno natjecanje kao i znatan utjecaj tog sporazuma na trgovinu, posebice na trgovinu među državama članicama.¹⁰ Prethodni elementi nisu određeni u UFEU, već njihov sadržaj tumači Europska komisija i sudovi Europske unije. Prema mišljenju doktrine i prakse glavni manjak odredbe je nedostatak preciznosti i jasnoće.¹¹

Iznimno je teško razlikovati situacije u kojima poduzetnici inteligentno odgovaraju na reakcije svojih konkurenata od onih situacija u kojima svjesno djeluju sa znanjem o ponašanju drugog.¹² Zbog toga je bitno utvrditi neke zajedničke karakteristike koje će pomoći u jasnom i uniformnom razumijevanju odredbe. Središnje pitanje rada predstavlja različiti oblici koluzije među poduzetnicima. Međutim, prije toga, radi jasnoće i lakšeg razumijevanja, pojasnit će se ostali elementi koji ulaze u polje primjene čl. 101. UFEU.

2. POJAM PODUZETNIKA

Člankom 101. UFEU zabranjuje se sporazumijevanje među poduzetnicima.¹³ Pojam poduzetnika nije definiran u UFEU. Nezavisni odvjetnik Jacobs u svojem mišljenju na slučaj *Albany* navodi kako «koncept poduzetnika ostvaruje dvostruku svrhu. S jedne strane - i ta je funkcija uočljivija - omogućuje utvrđivanje kategorije pravnih subjekata na koje se primjenjuju pravila tržišnog natjecanja..... S druge strane, omogućuje definiranje subjekta kojemu se određeno ponašanje može pripisati».¹⁴

10 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 102. i 103.

11 Za pregled najvažnijih mišljenja vidjeti Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law, the Scope of Article 81.*, Oxford University Press, Oxford, 2006., str. 4.

12 Furse, M., op. cit., str. 147.

13 O problemima prilikom određivanja pojma poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja vidjeti Wils, Wouter, P.J., *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 99-115. i Pošćić, Ana, *Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., br. 2/08., str. 917-939.

14 Činjenice slučaja: Nizozemski sud je uputio prethodna pitanja o interpretaciji čl. 101., 102. i 106. UFEU. Pitanja su se javila u postupku koji je pokrenuo *Albany*, poduzetnik koji se bavio tekstilnom industrijom, protiv Fonda tekstilne industrije. Bilo je riječi o dopunskom mirovinskom fondu. U tekstilnoj industriji plaćanje doprinosa u fond je bilo obavezno. *Albany* je tijekom 1989., odbio platiti doprinose pozivanjem na okolnost kako je obvezno članstvo u Fondu utvrđeno vladinom uredbom protivno čl. 3. t. g Ugovora o EZ (u UFEU čl. je ukinut) i čl. 101., 102. i 106. UFEU. *Albany* je smatrao kako se njega treba izuzeti od obveze plaćanja doprinosa fondu jer je ono još 1981. sklopilo sporazume s osiguravajućim društvom o dopunskom plaćanju doprinosa za mirovine. Kasnije, 1989., Fond mijenja svoju shemu prema kojoj se u praksi primjenjuje ista politika koju je već *Albany* prakticirao. Naime, radnik je nakon 40 godina radnog staža dobivao iznos koji je predstavljao 70% zadnje plaće. Kada je pitanje upućeno Europskom sudu, najprije je raspravljao o ekonomskoj funkciji koju fond vrši. Sud je našao da u ovom slučaju fond predstavlja poduzetnika jer je obvezatna pripadnost fondu, sustavom se nastojalo nadopuniti malu zakonsku mirovinu i nije bitno to što fond ne ostvaruje dobit. Iako je fond obavljao socijalnu ulogu ipak je bila riječ o ekonomskim aktivnostima. *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, br. C-67/96 od 21. 09. 1999., ECR 1999., str. I-5751.

Komisija u odluci *Polypropylene* izričito razlikuje poduzetnika u smislu pravila tržišnog natjecanja i poduzetnika u okviru trgovačkog ili poreznog prava.¹⁵ Europski sud i Komisiju ne zanimaju oblik u kojem je osnovan poduzetnik. Primjenjuje se, tzv. funkcionalni pristup. Svaki subjekt uključen u ekonomsku aktivnost¹⁶ bez obzira na pravni status i način financiranja¹⁷ smatra se poduzetnikom. Utvrđuje se djelatnost koju poduzetnik obavlja bez obzira na formu. Pozornost se usmjerava na aktivnost i funkciju poduzetnika. Prema Odudu, bitno je utvrditi što čini ekonomsku aktivnost, a ne tko se smatra poduzetnikom.¹⁸ Nije važan pravni status sudionika sporazuma niti način financiranja, već činjenica sudjeluje li subjekt u prometu robe i usluga na tržištu. Budući da se pojam poduzetnika vrlo široko tumači, moguća je situacija da se jedan aspekt djelatnosti određenog subjekta smatra poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja, dok su druge aktivnosti izvan polja primjene.¹⁹

Za utvrđenje ekonomske aktivnosti važno je pokazati postojanje tri elementa: poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu, snositi ekonomski ili financijski

15 U tom slučaju bila je riječ o dugogodišnjem kartelu u petrokemijskoj industriji. Komisija je utvrdila kako je 15 poduzetnika sudjelovalo u okvirnom sporazumu prema kojem su se određivale cijene i volumeni prodaje. Kartel temeljen na zajedničkom i detaljnom planu smatrao jednim sporazumom u smislu pravila tržišnog natjecanja. 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66., točka 99. i vidjeti Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 107. i 133.

16 Vidjeti Mancero-Bucheli, Gabriela, *Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law, International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47., br. 1/98., str. 149-173.

17 Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH, br. C-41/90 od 23. 04. 1991., ECR 1991., str. I-1979., točka 21. Činjenice slučaja: Prema njemačkom pravu o promociji zapošljavanja, javna agencija je imala monopol u zapošljavanju. Pored toga, Zakon je dopuštao privatnim agencijama zapošljavanje poslovnih direktora. Spor je nastao između privatne agencije i poduzetnika za kojeg je agencija tražila zaposlenike. Njemački sud je smatrao kako ishod spora ovisi o europskom pravu i posebno je li javna agencija zlorabila svoj monopolski položaj, a prije svega je li u tom slučaju riječ o poduzetniku. Sud je utvrdio kako će se agencija za zapošljavanje smatrati poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja.

18 Odudu, O., op. cit., str. 25.

19 Nezavisni odvjetnik je u mišljenju povodom slučaja *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* smatrao kako je koncept poduzetnika relativan te se pravni subjekt može smatrati poduzetnikom u smislu određenih aktivnosti, dok ostale mogu biti izvan pravila tržišnog natjecanja. Aktivnosti koje subjekti vrše u okviru javne vlasti su izvan primjene pravila tržišnog natjecanja bez obzira što je riječ o ekonomskim aktivnostima (čl. 106. st. 1. UFEU). Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa od 17. 05. 2001. na predmet C-475/99. Činjenice slučaja: u Njemačkoj je pružanje ambulantnih medicinskih usluga regulirano tako što se razlikuje hitna pomoć i prijevoz pacijenta. Hitni transport je u saveznoj pokrajini Reinland Pfaltz bio povjeren dvjema medicinskim organizacijama koje su također obavljale uslugu prijevoza pacijenata. Ambulanz Glöckner je prije obavljao uslugu transporta i kada je tražio obnavljanje svoje dozvole dvije medicinske agencije su se tome protivile. Medicinska udruženja pružaju naplatne usluge na tržištu hitnih transportnih usluga i usluga transporta pacijenata. Ambulanz Glöckner je pružao obje vrste aktivnosti koje su ekonomskog karaktera i smatraju se poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, br. C-475/99 od 25. 10. 2001.

rizik i imati mogućnost ostvarivanja profita.²⁰

Pomoć u tumačenju prvog kriterija Europski sud je pronašao u bogatoj sudskoj praksi u području slobode kretanja robe i usluga. Bez obzira na institucionalnu formu u kojoj poduzetnik posluje, prvi kriterij će biti ispunjen ukoliko poduzetnik nudi dobra ili usluge na tržištu. Za Europski sud nije važno djeluje li poduzetnik u okviru javne vlasti. Ukoliko subjekt vrši ekonomsku djelatnost smatrat će se poduzetnikom.²¹ U predmetu *AAMS*, bila je riječ o javnom poduzetniku za kojeg je Sud utvrdio kako obavlja ekonomsku aktivnost jer nudi dobra i usluge na tržištu proizvodnje duhanskih proizvoda.²²

Prilikom definiranja pojma poduzetnika važno je utvrditi snosi li ono neki oblik ekonomskog ili financijskog rizika. U predmetu *Wouters*²³ javilo se pitanje smatra li se odvjetnička komora poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. Presudni je faktor bio što komora sama za svoje aktivnosti snosi financijski rizik.²⁴ Izvan polja primjene su zaposlenici jer na njima ne leži rizik za poslovanje poduzetnika.²⁵ Međutim, pravilo se neće primjenjivati ako zaposlenik obavlja samostalnu djelatnost.²⁶

Ako poduzetnik djeluje na tržištu na kojem nudi dobra i usluge, pri čemu snosi financijski rizik, normalno je da očekuje određeni profit. Sasvim je nebitno ostvaruje li doista profit i koji su motivi iza njega.²⁷ Nezavisni odvjetnik predlaže primjenu testa koji će odgovoriti na pitanje može li upitnu ekonomsku aktivnost obavljati privatni poduzetnik u cilju ostvarenja profita.²⁸

20 Odudu, O., op. cit., str. 26.

21 O poteškoćama oko definiranja pravnog statusa javnih tijela i tijela koje obavljaju javne funkcije vidjeti Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 110. i dalje.

22 Komisija je pokrenula postupak protiv Italije jer je Italija propustila obavijestiti Komisiju o tijelu *Aministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* čime je povrijedila obavezu iz Direktive 80/723 od 25. 6. 1980. godine o transparentnosti financijskih odnosa među državama članicama i javnih poduzetnika. *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, br. 118/85 od 16. 06. 1987., ECR 1987., str. 2599., točka 3.

23 Na ovaj predmet se pozvala Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u odluci „Nakladnici“ kada je morala utvrđivati je li Hrvatska udruga poslodavaca poduzetnik. Utvrdila je da u konkretnom slučaju HUP nije sudjelovao u prometu robe i usluga obavljajući gospodarsku djelatnost te se ne može smatrati poduzetnikom (klasa: UP/030-02/2008-01/72, ur. broj: 580-02-010-63-134, odluka od 25. 03. 2010., dostupna na <http://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022008-01072.pdf>).

24 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van*, br. C-309/99 od 19. 02. 2002., točka 49.

25 Vidjeti presudu *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, br. C-67/96 od 21. 09. 1999., ECR 1999., str. I-5751.

26 *Commission Decision of 26 July 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.996 - Reuter/BASF)*, OJ L 254 od 17. 09. 1976., str. 40-50. U ovoj odluci zaposlenik je prodavao dionice društva koje je osnovao i čiji je bio upravitelj.

27 Vidjeti presudu *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125. U toj presudi je riječ o zahtjevu za poništenje odluke Komisije koju je donijela protiv neprofitnog belgijskog i nizozemskog udruženja proizvođača duhana.

28 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa od 22. 05. 2003. na spojene predmete br. C-

Pojam poduzetnika vrlo se široko tumači. Tako je Europski sud u određenim slučajevima proglasio pojedince, sportska²⁹ i poljoprivredna udruženja³⁰ poduzetnikom. Poseban problem predstavljaju osobe koje obavljaju slobodna zanimanja. Prvobitno se smatralo kako se na njih ne mogu primjenjivati pravila tržišnog natjecanja. Međutim, Komisija kasnije mijenja mišljenje te proglašava operne pjevače,³¹ carinske zastupnike³² i odvjetnike poduzetnicima.

Može se zaključiti kako za utvrđenje pojma poduzetnik Komisija i Sud polaze od aktivnosti koju poduzetnik obavlja. Naglasak je na ekonomskom karakteru pri čemu se uzima u obzir činjenica nudi li subjekt dobra ili usluge na tržištu, odnosno snosi li rizik.

3. POJAM OGRANIČENJA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Pojam ograničenja tržišnog natjecanja usko je vezan uz temeljne ciljeve Europske unije usmjerene na uspostavu zajedničkog tržišta.³³ U svojim prvim presudama povodom povrede prava tržišnog natjecanja, Europski sud se pozivao na uvodne, temeljne odredbe Ugovora te istaknuo kako svaki ugovor, koji nastoji podijeliti tržište, dovodi u pitanje temeljna načela Zajednice. U preambuli UFEU i kasnije u tekstu etabliровано je načelo uspostave zajedničkoga tržišta. Europski sud smatra kako je i cilj čl. 101. usko vezan uz taj kontekst.³⁴ U slučaju *Grundig*, Komisija je osudila ekskluzivne distribucijske ugovore kao one koji dijele nacionalno tržište. Sporazum svojim učinkom mora utjecati na tržišno natjecanje u tolikoj mjeri da se s određenom vjerojatnošću mogu očekivati negativni učinci.

Cilj ili učinak sporazuma mora biti usmjeren na sprječavanje, ograničavanje ili ugrožavanje tržišnog natjecanja. Stranke su slobodne sklapati bilo kakve sporazume, ali sve do onog trenutka dok takva ponašanja ne utječu na tržišno natjecanje. Pojam,

264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, Krankenkasse V Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mundipharma GmbH (C-306/01) Gödecke Aktiengesellschaft (C-354/01) Intersan (C-355/01) od 16. 03. 2003., točka 28.

29 Vidjeti 2000/12/EC: Commission Decision of 20 July 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case IV/36.888 - 1998 Football World Cup), OJ L 5 od 08. 01. 2000., str. 55-74.

30 Vidjeti *Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA*, br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641.

31 78/516/EEC: Commission Decision of 26 May 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.559 - RAI/UNITEL), OJ L 157 od 15. 06. 1978., str. 39-41.

32 Commission Decision of 30 June 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/33.407 - CNSD), OJ L 203 od 13. 08. 1993., str. 27-33.

33 O tome više Cerulli Irelli, Vittorio, Article 81(1) EC: Some Remarks on the Notion of Restriction of Competition, *European Business Law Review*, vol. 20., 2009, str. 287-306.

34 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, spojeni predmeti br. 56 i 58-64 od 13. 07. 1966., ECR 1966., str. 340.

cilj ili učinak tumače se zajedno. Kada se utvrdi postojanje jednog nije potrebno dokazivati drugo.³⁵ Uvjeti su postavljani alternativno. U procjenjivanju nije relevantna niti namjera stranaka jer bez obzira što one možda nisu imale namjeru ograničiti tržišno natjecanje restriktivni učinci mogu ipak nastati. Potrebni su neki standardi koji će pomoći u procjenjivanju.³⁶ Tako je u novijoj odluci Komisije koju je potvrdio i Opći sud, navedeno kako prema ustaljenoj sudskoj praksi nije potrebno dokazivati učinke na tržišno natjecanje kada je već utvrđeno kako ponašanje ima cilj ograničenja natjecanja.³⁷ U presudi *Ulm* Europski sud je naveo kako je najbitnije utvrditi koji je ekonomski cilj sporazuma, a tek kada se utvrdi nesklad s pravom tržišnog natjecanja, ispitati učinke sporazuma.³⁸ Jedan od mogućih pristupa je uspoređivanje tržišta prije i nakon sklopljenog ugovora što je moguće samo kada se utvrde sudionici restriktivne prakse i njihov međusobni odnos.³⁹

4. UTJECAJ NA TRGOVINU MEĐU DRŽAVAMA ČLANICAMA

Posljednji element koji je nužan za primjenu čl. 101. je utjecaj na trgovinu među državama članicama. Pod pojmom trgovine podrazumijevaju se sve ekonomske aktivnosti koje se odnose na dobra ili usluge. Važnost pravilnog definiranja utjecaja na trgovinu dobilo je na značaju nakon usvajanja Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana čl. 101. i 102. UFEU (dalje Uredba 1/2003).⁴⁰ Nacionalne agencije i sudovi pored svojeg zakonodavstva ne smiju zaboraviti i na europsko pravo tržišnog natjecanja. Pojam utjecaja na trgovinu među državama članicama dovodi se u vezu s potrebom integracije cjelokupnog tržišta.

Pitanje je gdje prestaje ingerencija Unije i počinje se primjenjivati nacionalno pravo tržišnog natjecanja. Europski sud je to jasno pokazao u prethodno spomenutoj presudi *Grundig* gdje je naveo kako je najvažnije utvrditi ima li sporazum stvarni ili potencijalni, posredni ili neposredni utjecaj na trgovinu među državama članicama čime onemogućava postizanje cilja jedinstvenog tržišta među državama članicama. Najprije treba gledati sporazum u cjelini. Ako se utvrdi kako sporazum utječe na trgovinu država članica tada će se čl. 101. primjenjivati na sve klauzule bez obzira što možda pojedine klauzule nemaju takav utjecaj. Ispituju se predvidljivi učinci sporazuma, a ne istinska namjera strana. Čija je bila inicijativa za sklapanje takvog sporazuma nije od značaja. Utvrđuju se ciljevi koje određeni sporazum ostvaruje u

35 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 158.

36 Odudu, Okeoghene, *Interpreting Article 81(1): Demonstrating Restrictive Effect*, *European Law Review*, vol. 26., br. 3/01., str. 261-274.

37 Vidjeti spojene predmete *Brasserie nationale SA*, br. T-49/02 do T-51/02 od 27. 07. 2005.

38 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, br. 56/65 od 30. 06. 1966., ECR 1966., str. 235., točka 375.

39 Odudu, O., *Interpreting Article...*, op. cit., str. 261-274.

40 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 od 04. 01. 2003., str. 1-25.

svjetlu ekonomskoga konteksta u kojem se on primjenjuje.⁴¹

Čak i kada se sporazum primjenjuje samo na području jedne države članice njegove posljedice se mogu osjetiti u drugim državama.⁴² Utjecaj na trgovinu se ispituje uzimajući u obzir sve čimbenike koji sami za sebe nisu odlučujući. Tako su stranke u slučaju *Vereeniging* tvrdile kako se preporučene cijene cementa ne primjenjuju na izvoz te time ne postoji nikakav utjecaj na trgovinu. Europski sud je potvrdio kako time ipak dolazi do dijeljenja tržišta po nacionalnim linijama i kako je proizvođačima i prodavateljima iz drugih zemalja time teže ući na takvo tržište.⁴³ Odgovarajućom analizom tržišnih uvjeta prije i poslije ograničenja može se utvrditi predstavlja li ograničenje pozitivan učinak na tržišno natjecanje ili je riječ o negativnom učinku pri čemu je potrebno uvijek uzeti u obzir prirodu, stvarni ili potencijalni učinak, ali i svrhu ili cilj koji se nastoji ostvariti. Posljedica zabranjenih sporazuma je manje dostupnih proizvoda i potencijalno povećanje cijena. Nedostatak je što se ograničenje tržišnoga natjecanja ispituje samo naknadno, dakle kada su negativne posljedice već nastale. Prema Odudu, takav način nije prihvatljiv jer Komisija uvijek nastoji djelovati unaprijed i zabraniti svaki ugovor koji bi mogao narušiti tržišno natjecanje. Međutim, usprkos nastojanju, nakon usvajanja Uredbe 1/2003 ništa se nije promijenilo jer se situacije i dalje naknadno ispituju.⁴⁴

Pri ispitivanju negativnog utjecaja na trgovinu nije nužno da je doista i došlo do negativnih utjecaja, već će biti dostatna i sama mogućnost. Pojam se pojašnjava kroz sudsku praksu, gdje Europski sud pojam utjecaja na trgovinu utvrđuje uporabom dvaju parametra, tzv. osnovnim testom i *de minimis* pravilom.⁴⁵ Osnovni test je utvrđen sudskom praksom i pretpostavlja se kako će postojati utjecaj na trgovinu kada se s određenom sigurnošću temeljem objektivnih pravnih ili činjeničnih faktora utvrdi kako sporazum može utjecati, posredno ili neposredno, stvarno ili posredno na trgovinu među državama članicama.⁴⁶ Kaznit će se i sama mogućnost utjecaja na trgovinu među državama članicama. Pojam utjecaja na trgovinu među državama članicama uvijek se dovodi u vezu sa željom stvaranja zajedničkoga tržišta, a koji bi takvim sporazumom mogao biti ugrožen. Ne gleda se na bilo koji utjecaj na trgovinu, već se traži da njegov utjecaj mora biti znatan.⁴⁷ Pojam znatnog utjecaja na trgovinu se među prvim slučajevima ispitivao u slučaju *Völk*.⁴⁸ Navedeno je kako "sporazum

41 Vaughan, David i dr., *EU Competition Law: General Principles*, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2006., str. 75.

42 Vidjeti presudu *British Sugar v. Commission*, br. C-359/01 P od 29. 04. 2004., točka 28.

43 *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities*, br. 8-72 od 17. 10. 1972., ECR 1972., str. 977., točka 29. i 30.

44 Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 105.

45 Alnors - Llorens, Albertina, *EC Competition Law and Policy*, Willan Publishing, Devon, Portland, 2002., str. 29.

46 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, br. 56-65 od 30. 06. 1966., ECR 1966., str. 249.

47 O tome više Pošćić, Ana, „Značajni dio zajedničkog tržišta“ kao jedan od uvjeta iz članka 82. Ugovora o Europskoj zajednici, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46., br. 4/09., str. 781-793.

48 *Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, br. 5-69 od 09. 07. 1969., ECR 1969., str. 295.

će biti izvan polja primjene čl. 85. kad ima neznatan utjecaj na tržište, uzimajući u obzir slabi položaj uključenih osoba...⁴⁹ Pojam se tumači gledajući na činjenice slučaja jer pored toga što utjecaj mora biti znatan, ispituje se i cilj ili učinak ugovora. Oni se moraju tumačiti zajedno. Stranke koje imaju slabi utjecaj na tržištu su izvan polja primjene čl. 101.⁵⁰ Takvi ugovori ne narušavaju ciljeve Europske unije.

Kako bi poduzetnici mogli sami procijeniti je li riječ o znatnom utjecaju na trgovinu i hoće li njihov ugovor biti proglašen ništavim, Komisija je izdala Priopćenje o sporazumima male vrijednosti koji bitno ne ograničavaju tržišno natjecanje prema čl. 101. st. 1. UFEU (*de minimis*).⁵¹ Protiv poduzetnika se neće započeti nikakav postupak ukoliko se poštuju uvjeti iz Priopćenja. Međutim, tekst Priopćenja je samo indikativan i ne obvezuje nacionalne i europske sudove, ali postoji nepisano pravilo kako sudovi ipak poštuju kriterije navedene u Priopćenju. U Priopćenju, Komisija pomoću pragova tržišnih udjela, kvantitativno određuje, što se ne smatra značajnim ograničavanjem tržišnoga natjecanja prema čl. 101.⁵²

Ukoliko osobe koje su dio sporazuma, nemaju snažan položaj na tržištu, ugovor neće biti proglašen ništavim. Kao dodatak osnovnom testu Europski sud je formulirao zahtjev za znatnim utjecajem na trgovinu. Drugim riječima, primjenom određenih kriterija određeni sporazumi bez obzira što su restriktivni bit će izvan polja primjene čl. 101. Time je poduzetnicima olakšano procjenjivanje sporazuma, a Komisija i sudovi neće biti zatrpani slučajevima manjeg značenja.⁵³

49 Ibid., točka 5/7.

50 Vidjeti *Carlo Bagnasco and Others v. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) (C-215/96)* i *Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige), spojeni predmeti br. C-215/96 i C-216/96* od 21. 01. 1999., ECR 1999., str. I-135., točka 34. i 35.

51 Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ C 368 od 22. 12. 2001., str. 13-15.

52 Stajalište je Komisije da sporazumi poduzetnika koji utječu na trgovinu među državama članicama nemaju bitan učinak na ograničenje tržišnog natjecanja u smislu čl. 101. st. 1: (a) ako ukupni tržišni udio kojeg drže stranke sporazuma ne premašuje 10% na bilo kojem mjerodavnom tržištu koje je zahvaćeno sporazumom, u slučaju kada je sporazum zaključen između poduzetnika koji su stvarni ili potencijalni konkurenti na bilo kojem od tih tržišta (sporazumi između konkurentnih poduzetnika); ili (b) ako tržišni udio kojeg drži svaka od stranaka sporazuma ne premašuje 15% na bilo kojem mjerodavnom tržištu koje je zahvaćeno sporazumom, u slučaju kada je sporazum zaključen između poduzetnika koji nisu stvarni ili potencijalni konkurenti na bilo kojem od tih tržišta (sporazumi između nekonkurentnih poduzetnika). U slučajevima u kojima je teško odrediti je li sporazum između konkurentnih ili nekonkurentnih poduzetnika, primijenit će se prag od 10%. Komisija također drži da sporazumi nemaju ograničavajući učinak za tržišno natjecanje ako tržišni udjeli ne premašuju prag od 10%, 15% i 5%, ovisno o slučaju, određeni tijekom dvije uzastopne kalendarske godine.

53 Jones, A., Suffrin, B., op. cit., str. 160.

5. POJAM ZABRANJENIH „SPORAZUMA“

Pojam zabranjenih „sporazuma“ obuhvaća sporazume, odluke udruženja i bilo koji oblik usklađenog ponašanja.⁵⁴ UFEU ne daje definiciju „sporazuma“ te se isti pojam određuje sudskom praksom. Pojedini autori naglašavaju nedostatak preciznog određenja pojma.⁵⁵

5.1. Sporazumi između poduzetnika

Svjesni mogućnosti ništavosti sporazuma, poduzetnici vrlo rijetko pribjegavaju sklapanju pisanih ugovora. Mnogo češće koriste manje formalne načine suradnje kojima reguliraju svoje međusobne odnose. Zbog toga Komisija i sudovi primjenjuju ekstenzivno tumačenje pojma sporazuma.

U slučaju sumnje o postojanju sporazuma, koristit će se svaki trag koji bi mogao pomoći u utvrđivanju postojanja bilo kakvog dogovora među strankama. Sporazum se dokazuje činjenicama uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja. U pojedinim situacijama sama komunikacija sudionika sporazuma je dostatna za zaključak kako je riječ o koluzivnom djelovanju.⁵⁶ Od značaja mogu biti i saznanja trećih poduzetnika.⁵⁷

Zanimljivo je da prema sudskoj praksi razlozi za prihvatanje ponude nisu važni, kao i činjenica je li prihvrat učinjen pod utjecajem prisile.⁵⁸ Gleda se isključivo na

54 Europski sud je u presudi Anic naveo kako se članak 101. primjenjuje na sve oblike koluzije između poduzetnika bez obzira na oblik u kojem se manifestiraju. Važno je razlikovati nezavisno ponašanje koje je dopušteno od koluzivnog koje je zabranjeno bez obzira na način na koji se javlja. Vidjeti Commission of the European Communities v. Anic Participazioni SpA., br. C-49/92 P. od 08. 07. 1999., ECR 1999., str. I-04125., točka 108.

55 Lidegrad smatra kako značenje tajnog sporazuma, koluzije, „... se nije razmatralo na jasan ili sustavan način”. Wessely je mišljenja kako „pojmu koluzije nedostaju jasni oblici”, a Black piše kako terminima nedostaje „konceptualno jedinstvo” te se primjenjuju ili opisuju na zbunjujući i nedvojbeno kontradiktoran način, u Odudu, O., The Boundaries..., op. cit., str. 57.

56 U tom smislu vrlo je zanimljiva nedavna odluka Komisije kojom je kaznila 11 avio prijevoznika koji su se dogovarali o cijeni prijevoza. Komisija je izrekla jednu od najvećih kolektivnih kazni u iznosu od 799 milijuna eura. Od toga čak 310 milijuna za Air France KLM. Kazna se odnosi na razdoblje od prosinca 1999. do veljače 2006. kada su se zrakoplovne tvrtke počele dogovarati radi uvođenja dodatne pristojbe na gorivo. Vidjeti <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1487&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>, internet stranica posjećena 22. 11. 2010.

57 Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 159-166., SA Musique Diffusion française and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 07. 06. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 72. i dalje.

58 Hüls AG v. Commission of the European Communities, br. T-9/89 od 10. 03. 1992., ECR 1992., točka 128. SA Musique Diffusion française and others v Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 07. 06. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 90.

krajnji rezultat, odnosno utjecaj sporazuma na trgovinu među državama članicama.

*Chemiefarma*⁵⁹ je jedna od prvih presuda u kojima je Europski sud utvrđivao postojanje sporazuma. Činjenice slučaja su sljedeće. Grupa europskih proizvođača kinina sklopila je ugovore o trgovini s trećim zemljama. Ugovori su sadržavali odredbe o određivanju cijena i popusta na izvoz. Pored njih, stranke su sklopile i dva pisana sporazuma (*gentelman's agreements*)⁶⁰ o trgovini koji su sadržavali iste klauzule. Cilj je sporazuma bio zaštititi domaće tržište. Tužitelj je pred Sudom, tvrdio kako džentlmenski sporazumi ne predstavljaju sporazume u smislu čl. 101. Kao dodatni argument isticao je kako su se oni prestali primjenjivati. Stranke koje su sklopile ugovor o izvozu izjavile su kako će poštivati njegove odredbe. Iako su se prestali primjenjivati, Komisija je smatrala kako je vrlo teško zaključiti jesu li stranke doista imale namjeru raskinuti ugovore. Sigurno je da su stranke imale namjeru poštivati njegove odredbe⁶¹ te je to Sudu bilo dostatno za primjenu čl. 101. na takve sporazume. Dovoljna je bila namjera pri čemu ona nije morala biti uobličena u formi valjanog i obvezujućeg ugovora prema nacionalnom pravu.⁶² Riječ je o određenom obliku koordiniranja međusobnoga ponašanja.

Waelbroeck i Frignani navode kako "čl. 101. zabranjuje antikompetitivno ponašanje koje je rezultat usklađene volje dva ili više poduzetnika."⁶³ Sličnog je mišljenja i Europski sud koji je u presudi *Bayer* napisao kako "koncept sporazuma u smislu čl. 85. st. 1. Ugovora o EZ, kako se interpretira u sudskoj praksi, usmjerava se na postojanje volje među najmanje dvije strane, pri čemu je oblik u kojem se manifestira nevažan."⁶⁴ Forma neće biti od značaja sve dok postoji usklađena volja poduzetnika i namjera za takvo postupanje.

Za primjenu čl. 101., bitno je utvrditi postojanje volje stranaka pri čemu je nevažno smatra li se sporazum ugovorom po nacionalnom pravu, je li pravno

59 *ACF Chemiefarma NV v. Commission of the European Communities*, br. 41-69 od 15. 07. 1970., ECR 1970., str. 661.

60 *Gentlemen's agreement* predstavlja neformalni sporazum među dvjema strankama. Može biti pismeni i usmeni. Ne može se prisilno izvršiti. Stranke njegovo ispunjenje jamče svojom čašću. Zanimljiva je nedavna odluka Komisije kojom je kaznila u iznosu od 67.6 miliona eura proizvođače energetskih transformatora. Oni su sklopili usmeni sporazum o podjeli tržišta (*Gentlemen's Agreement*) u kojem su se japanski i europski proizvođači transformatora sporazumjeli da Japanci neće prodavati transformatore u Europi, a europski proizvođači ih neće prodavati u Japanu. Vidjeti: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1432&format=HTML&aged=0&language=En&guiLanguage=en.>>, internet stranica posjećena 19. 11. 2010.

61 *ACF Chemiefarma NV v. Commission of the European Communities*, br. 41-69 od 15. 07. 1970., ECR 1970., str. 661., točka 112.

62 Albors-Llorens, A., op. cit., str. 19.

63 Waelbroeck, Michel, Frignani, Aldo, *European Competition Law*, Ardsley, New York, 1999., str. 121., u bilj. 20., Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 60.

64 *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, br. T-41/96 od 26. 10. 2000., ECR 2000., str. II-3383., točka 69.

obvezujući⁶⁵ i je li pisani ili usmeni.⁶⁶ Sporazum nije čak niti potrebno potpisati.⁶⁷ Jedino je važno utvrditi istinsku namjeru stranaka i činjenicu primjenjuju li odredbe sporazuma.⁶⁸ Obuhvaćeni su sporazumi koji više nisu na snazi, ali i dalje proizvode pravne učinke.⁶⁹ Komisija i sudovi su opće uvjete poslovanja,⁷⁰ pravila sindikalnih udruženja, pisma namjere, pravila ponašanja sudionika na tržištu, kao i akt o

-
- 65 U presudi van Landewyck Europski sud je potvrdio odluku Komisije u kojoj je bilo riječi o preporuci, a koju je Komisija klasificirala kao sporazum. Tužitelji su tvrdili kako preporuka nije obvezujući ugovor prema nacionalnom pravu. Međutim, Sud je potvrdio odluku Komisije prema kojoj je u preporuci jasno izražena namjera tužitelja za određenim ponašanjem na tržištu duhanskih proizvoda. *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 03125., točke 85. i 86. Slično je Europski sud u presudi *Guy Clair* potvrdio kako nije važno je li sporazum obvezujući, već spriječava li, ugrožava ili ograničava tržišnu utakmicu, *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair*, br. 123/83 od 30. 01. 1985., ECR 1985., str. 00391., točka 22. Isto tako u presudi *Sandoz* bila je riječ o računu s otisnutom klauzulom "zabrana izvoza", *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-45.
- 66 U odluci *Theal/Watts* bila je riječ o usmenom ekskluzivnom ugovoru o distribuciji., 77/129/EEC: Commission Decision of 21 December 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.812 *Theal/Watts*), OJ L 39 od 10. 02. 1977., str. 19-27. U predmetu *Tepea* dva usmena ekskluzivna ugovora o distribuciji i licenciji također su bila unutar polja primjene članka 101., *Tepea BV v. Commission of the European Communities*, br. 28/77 od 20. 06. 1978., ECR 1978., str. 01391., točka 41.
- 67 U odluci *Kemi* sporazum koji stranke nikad nisu potpisale smatrao se sporazumom u smislu čl. 101. jer su ga primjenjivale. Pored prethodnog Komisija je smatrala dva odvojena ugovora od kojih je jedan bio potpisan, a drugi se primjenjivao, pri čemu su bili međusobno zavisni, jedinstvenim sporazumom. 79/934/EEC: Commission Decision of 5 September 1979 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.021 - BP *Kemi* - DDSF), OJ L 286 od 14. 11. 1979., str. 32-52., točke 45 i 46.
- 68 Vidjeti presudu *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125., točka 86.
- 69 *SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities*, br. T-7/89 od 17. 12. 1991., ECR 1991., str. II-01711., točka 257.
- 70 Zanimljiva je odluka *Zanussi* gdje je bila riječ o garanciji koju *Zanussi Group* izdaje i koja je sastavni dio ugovora o nabavi koju *Zanussi* sklapa sa svojim distributerima kućanskih aparata, *Zanussi Spa Guarantee*, OJ L 322 od 16. 11. 1978., str. 26-35., točka 9. Slično u odluci *Kawasaki* bila je riječ o klauzuli koja je zabranjivala izvoz. Klauzula je bila dio općih uvjeta poslovanja *Kawasaki* grupacije prema kojoj je bilo zabranjeno izvoziti motore iz Velike Britanije bez prethodne dozvole *Kawasakia*. 79/68/EEC: Commission Decision of 12 December 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.430 - *Kawasaki*), OJ L 16 od 23. 01. 1979., str. 9-16. U presudi *Sandoz* riječ je o sljedećem. *Sandoz* je slao svojim klijentima račun s otisnutom klauzulom "zabrana izvoza". Prilikom svake narudžbe na računu je bila otisnuta prethodna klauzula. Bez obzira na to, klijenti su i dalje naručivali robu od *Sandoza*, dakle, pristajali su na klauzulu. Ono što je Europski sud u ovom predmetu morao utvrditi, je li riječ o sporazumu ili jednostranom aktu. Sud je bio mišljenja kako u ovom slučaju nije bila riječ o jednostranom aktu jer su računi pored sporne klauzule sadržavali i druge bitne podatke. Bili su dio opće sheme trgovačkih veza poduzetnika sa svojim klijentima., *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-45.

osnivanju udruženja poduzetnika⁷¹ proglasili sporazumima u smislu pravila tržišnog natjecanja.

Formulacija st. 1. namjerno je široko postavljena kako stranke ne bi pokušale raznim oblicima dogovora izbjeći njegovu primjenu.

Sporazumima će se smatrati i ugovori između udruženja poduzetnika. Komisija je u odluci *VBBB* raspravljala o ugovoru o reguliranju trgovine knjiga.⁷² Nizozemsko udruženje za promociju prodaju knjiga (*VBBB*) i Udruženje za promociju flamanskih knjiga (*VBVB*) sklopili su sporazum o uređenju trgovine knjiga. Sporazum je sadržavao detaljne odredbe o načinu određivanja maloprodajnih cijena. Prema jednoj odredbi zabranjivalo se prodaju knjiga po cijeni nižoj od one koju je propisalo udruženje. Popusti su se odobravali samo onim izdavačima i prodavateljima kojima je propisom bio priznati status. Slična je situacija bila o odluci *NAVEWA-ANSEAU* gdje je bila riječ o sporazumu koji je regulirao korištenje oznake o sigurnosnim standardima.⁷³

Poduzetnici ne mogu izbjeći odgovornost isticanjem kako nisu imali namjeru primjenjivati odredbe sporazuma. Subjektivni element nije od značaja. Ispituje se isključivo činjenica ograničenja tržišnog natjecanja. Takva situacija je bila predmet rasprave u odluci Komisije *Industrial and Medical Gases* gdje su stranke tvrdile kako nisu nikad primjenjivale ugovorne klauzule. Komisija je utvrdila postojanje sporazuma dokazima o održanim sastancima. Antikompetitivna stajališta izražena na sastanku bila su dovoljna za zaključak kako je riječ o sporazumu pri čemu su motivi i skrivene namjere bili nebitni.⁷⁴ Stranke ne mogu izbjeći odgovornost tvrdeći kako nisu imale namjeru primijeniti odredbe sporazuma. U predmetu *PVC* Opći sud je odbio argument poduzetnika koji su tvrdili kako, iako su sudjelovali na sastancima proizvođača na kojima se raspravljalo o cijenama i prodajnim kvotama, oni ih nisu potpisali.⁷⁵ Stajalište je kasnije razjasnio Europski sud u *Cement* predmetu u kojem je naveo kako je prema utvrđenoj sudskoj praksi dovoljno da Komisija ukaže na okolnost kako su poduzetnici sudjelovali na sastancima na kojima su izražena antikompetitivna stajališta kojima se oni nisu izričito protivili. Prethodno će biti dovoljno za zaključiti kako su i oni sudjelovali u kartelu. Ukoliko poduzetnik želi dokazati suprotno, mora pokazati kako je njegovo sudjelovanje na sastancima bilo

71 Vidjeti 84/191/EEC: Commission Decision of 30 March 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.804 - Nuovo CEGAM), OJ L 99 od 11. 04. 1984., str. 29-37., točka 13.

72 82/123/EEC: Commission Decision of 25 November 1981 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/428 - VBBB/VBVB), OJ L 54 od 25. 02. 1982., str. 36-50., točka 3b.

73 82/371/EEC: Commission Decision of 17 December 1981 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.995 - NAVEWA-ANSEAU), OJ L 167 od 15. 06. 1982., str. 39-52.

74 2003/207/EC: Commission Decision of 24 July 2002 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty, (Case COMP/E-3/36.700 - Industrial and medical gases), OJ L 84 od 01. 04. 2003., str. 1-55., točka 351.

75 *Tréfileurope Sales SARL v. Commission of the European Communities*, br. T-141/89 od 06. 04. 1995., ECR 1995., str. II-00791.

bez antikompetitivnih namjera, odnosno kako se ono bitno razlikuje od ostalih. Upravo na sastancima su morali jasno dati do znanja ostalim poduzetnicima kako se ograđuju od izraženih stajališta.⁷⁶ Isto tako se poduzetnik ne može braniti ističući kako je bio prisiljen sudjelovati na sastancima. Tada bi se eventualno mogao obratiti nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.

Sporazumom se smatraju i one situacije kada poduzetnici sklapaju kompleksne ugovore koji se temelje na detaljno razrađenom planu bez obzira što stranke nisu sudjelovale ili nisu imale namjeru sudjelovati u svim njihovim aspektima.⁷⁷ Komisija i sudovi su razvili koncept prema kojem poduzetnik ne mora sudjelovati u svakom sporazumu ili u svakom njegovom aspektu. U odluci *Polypropilene* bila je riječ o kompleksnom sporazumu koji je uključivao 15 poduzetnika i koji se primjenjivao dugi niz godina. Problem ovog sporazuma je što je bio usmeni, neobvezujući i nije propisivao sankcije za kršenje. Komisija je proglasila sve sudionike krivim, iako nisu sudjelovali na svim sastancima ili nisu imali namjeru poštivati sve njegove aspekte. Temeljem ove odluke uveden je pojam jedinstvenog sveukupnog sporazuma⁷⁸ za kojeg poduzetnici snose odgovornost iako nisu uopće ili svakodnevno sudjelovali u svim njihovim aspektima.⁷⁹ Takva se praksa ispituje od predmeta do predmeta. Tako poduzetnik koji je sudjelovao na sastancima, ali nije proveo njegove zaključke, smatrat će se dijelom sporazuma osim ako se nije javno ogradio od antikompetitivnih stajališta izraženih na sastanku.⁸⁰

Komisija se služi različitim metodama kako bi utvrdila postojanje sporazuma. Najjednostavnije je ako postoje pisani dokumenti, pisma, ugovori i drugi dokazi klijenata. Međutim, najčešće ne postoje pisani tragovi te Komisija i sudovi analizom tržišta dokazuju je li u određenoj fazi došlo do preklapanja ponašanja među poduzetnicima.⁸¹ Nakon modernizacije prava tržišnog natjecanja, Komisija ima mnogo veće ovlasti u prikupljanju dokaza i činjenica o postojanju sporazuma.

Prvobitno se smatralo kako se čl. 101. st. 1. primjenjuje samo na horizontalne sporazume među poduzetnicima. Horizontalni sporazumi obuhvaćaju međusobne ugovore među strankama koje djeluju na istoj razini proizvodnje ili distribucije. Stranke su najčešće međusobni konkurenti. Najčešće su to razni oblici zajedničkoga pothvata, ugovora o licenci ili drugi oblici suradnje. Razlog zbog kojeg su zabranjeni je što njime stranke najčešće reguliraju cijene i time "guraju" konkurenciju s tržišta.⁸²

76 Aalborg Portland A/S i dr. v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 od 07. 01. 2004., 2004/C 59/01., točka 81. i dalje.

77 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

78 O tome više Bailey, David, Single, Overall Agreement in EU Competition Law, Common Market Law Review, vol. 47., 2010., str. 473-508., Pecotić Kaufman, J., op. cit., str. 138. i dalje.

79 Whish, Richard, Competition Law, peto izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 96.

80 Loc. cit.

81 Furse, M., op. cit., str. 148.

82 Bishop, Simon, Walker, Mike, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application

To je moguće jer proizvode zamjenske proizvode. Pored horizontalnih sporazuma, sudovi ili Komisija zabranjuju sporazume među strankama koje djeluju na različitim razinama proizvodnje i distribucije.⁸³ U takvim sporazumima stranke proizvode komplementarne proizvode. U prvim danima razvoja prava tržišnog natjecanja bilo je mišljenja kako se čl. 101. ne primjenjuje na vertikalne sporazume. Pozicija Europskog suda je po tom pitanju razjašnjena presudom *Grundig*.⁸⁴ U tom slučaju, stranke su svoje sporazume pokušale opravdati pozivanjem na okolnost kako se čl. 101. st. 1. primjenjuje samo na horizontalne sporazume. Bila je riječ o ugovoru o distribuciji za kojeg je talijanska vlada, koja je intervenirala u slučaju, tvrdila kako stranke sporazuma nisu ravnopravne te kako se slobodno tržišno natjecanje u tom slučaju može štititi samo pozivanjem na čl. 102.⁸⁵ Europski sud je naveo da, niti čl. 101., niti 102. ne pružaju temelje za tvrdnju kako se ova dva članka razlikuju i različito primjenjuju ovisno o tome na kojim razinama djeluju stranke sporazuma. Članak 101., primjenjuje se na sve sporazume koji ugrožavaju tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu i ne razlikuje sporazume ovisno o tome jesu li sklopljeni među strankama koje djeluju na istom stupnju ekonomskog procesa.⁸⁶

Mišljenje kako se čl. 101. zabranjuju samo horizontalni sporazumi je donekle i opravdano jer stranke koje ih sklapaju su najčešće međusobni konkurenti. Poduzetnici, koji su sklopili vertikalne sporazume, najčešće proizvode komplementarne proizvode, za razliku od horizontalnih sporazuma gdje je gotovo uvijek riječ o zamjenskim proizvodima. Kada se proizvode zamjenski proizvodi tada je svakom poduzetniku u interesu da drugi poduzetnik poveća svoje cijene, za razliku od situacije kada poduzetnici proizvode komplementarne proizvode. Tada će im odgovarati da drugi snizi cijene svojeg proizvoda. Ako su poduzetnici u komplementarnoj vezi i svatko snizi cijene to će se pozitivno odraziti na nižu cijenu i u konačnici povećati blagostanje potrošača.⁸⁷ Takvo mišljenje dijeli i Komisija koja u izdanim Obavijestima za vertikalna ograničenja navodi:⁸⁸ "Vertikalna ograničenja su općenito manje štetna od horizontalnih ograničenja. Glavni razlog

and Measurement, Sweet and Maxwell, London, 2002., str. 171.

83 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., 101.

84 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, spojeni predmeti br. 56 i 58-64 od 13. 07. 1966., ECR 1966., str. 299.

85 Članak 102. glasi: „Svaka zlouporaba dominantnog položaja od strane jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu ili u njegovom značajnom dijelu, zabranjena je, jer nije u skladu sa zajedničkim tržištem budući da bi mogla utjecati na trgovinu između država-članica. Takva se zlouporaba može posebice očitovati kao: izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, ili ostalih nepravednih trgovinskih uvjeta; ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvitka na štetu potrošača; primjenjivanje različitih uvjeta na jednaka poslovanja s ostalim trgovačkim strankama, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom ostalih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkoj praksi, nemaju nikakve veze s predmetom tih ugovora.“

86 Ibid., str. 339.

87 Bishop S., Walker, M., op. cit., str. 156. i 157.

88 Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291 od 13. 10. 2000., str. 1-44.

blažeg tretiranja vertikalnih od horizontalnih ograničenja leži u činjenici da se horizontalno ograničenje može odnositi na sporazum između konkurenata koji proizvode identičnu ili zamjenjivu robu ili pružaju identične ili zamjenjive usluge. U takvim horizontalnim odnosima iskazivanje tržišne snage jednoga poduzetnika (određivanjem više cijene za svoj proizvod) može koristiti njegovim tržišnim takmacima. To može i potaknuti tržišne takmace i navesti ih na ponašanje suprotno tržišnom natjecanju. Kod vertikalnih odnosa proizvod jednog je proizvodni unos - sirovina drugog. To znači da će korištenje tržišne snage od strane poduzetnika na uzvodnom (uzlaznom) ili poduzetnika na nizvodnom (silaznom) tržištu u pravilu štetiti potražnji za proizvodom onog drugog. Poduzetnici obuhvaćeni sporazumom zbog toga su obično potaknuti da spriječe iskorištavanje tržišne snage ostalih strana u sporazumu.⁸⁹

Svaki ugovor bez obzira je li zaključen između konkurenta ili ne, predstavljat će kršenje čl. 101. ukoliko ograničava tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.

5.2. Odluke udruženja poduzetnika

Poduzetnici koji se bave istim ili sličnim djelatnostima često se međusobno udružuju kako bi raspravljali o zajedničkim interesima i usvajali određene odluke⁹⁰ kojima usmjeravaju svoje ponašanje. Udruženja poduzetnika provode razne aktivnosti, od raznih marketinških akcija kojima reguliraju svoje poslovanje do edukacija svojih članova. Iako su te aktivnosti najčešće zakonite, moguće su i one kojima poduzetnici favoriziraju svoje članove, odnosno olakšavaju im sklapanje međusobnih sporazuma i usklađivanje svojeg ponašanja.

Već se prije vidjelo kako se pojam sporazuma tumači vrlo ekstenzivno. Isti se pristup koristi i prilikom objašnjenja pojma udruženja poduzetnika i njihovih odluka. Pod njima se ne podrazumijevaju isključivo sporazumi između članova određenog udruženja, već i preporuke koje izdaje udruženje.⁹¹ U posljednjem je potrebno utvrditi vjerno očitovanje namjere članova udruženja za ponašanjem na tržištu u skladu s odredbama preporuke. Iz sudske prakse se može uočiti kako se ne raspravlja samo o odlukama trgovačkih udruženja, već i poljoprivrednih udruženja,⁹² profesionalnih udruženja,⁹³ udruženja koja su osnovana zakonskim propisom

⁸⁹ Ibid., točka 100.

⁹⁰ Vidjeti 86/499/EEC: Commission Decision of 30 September 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.959 - VIFKA), OJ L 291 od 15. 10. 1986., str. 46-50.

⁹¹ Vidjeti SC Belasco and others v. Commission of the European Communities, br. 246/86 od 11. 07. 1989., ECR 1989., str. 02117. i Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125.

⁹² U presudi Göttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA., br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641. riječ je o trgovačkom udruženju specijaliziranom za nabavu proizvoda u poljoprivredi.

⁹³ U predmetu J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v.

i s javnim ovlastima,⁹⁴ udruženja koja nemaju pravnu osobnost, kao i neprofitnih udruženja.

U slučaju *Wouters* postavljeno je pitanje Europskom sudu predstavlja li propis koji regulira partnerstvo članova komore s drugim profesionalcima, konkretno u ovom slučaju računovođama, odluku udruženja poduzetnika. Kako bi odgovorio na to pitanje Europski sud je najprije morao utvrditi jesu li odvjetnici poduzetnici u smislu pravila tržišnog natjecanja. Članovi Komore pružaju pravne savjete za koje naplaćuju nagradu, daju pravna mišljenja, sklapaju ugovore i pišu druge podneske, zastupaju stranke u pravnim poslovima. Snose financijski rizik poslovanja. Ako troškovi prelaze prihode sami snose gubitke.⁹⁵ Promatra se isključivo priroda djelatnosti koju poduzetnik obavlja, a u ovom slučaju ona je bila ekonomskog karaktera. Nezavisni odvjetnik u davanju mišljenja na slučaj *Arduino* je utvrdio kako članovi talijanske odvjetničke komore nude usluge pravnog savjetovanja i zastupanja svojih klijenata pred sudovima. Djeluju na tržištu pravnih usluga s namjerom ostvarivanja dobiti. U zamjenu za svoje usluge dobivaju nagradu. Prema tome pružanje pravnih usluga se smatra ekonomskom aktivnošću. Suprotno mišljenju talijanske vlade koja je intervenirala u slučaju, nezavisni odvjetnik je smatrao kako prethodni zaključak ne mijenja ni činjenica da članovi Komore moraju poštivati pravila profesionalnog ponašanja, kao i okolnost da obavljaju djelatnosti koje se odnose na upravu i pravosuđe.⁹⁶

U presudama i odlukama Europski sud i Komisija su svoja razmišljanja temeljili na sudjelovanju subjekta na tržištu. Sud je izravno povezao činjenicu sudjelovanja na tržištu s ekonomskom prirodom djelatnosti. Bit je bila u nudi usluga ili dobra na određenom tržištu.

Iz prethodnog se može izvesti zanimljiv zaključak. Za određivanje pojma poduzetnika primjenjuje se funkcionalni pristup. Odnosno, udruženje odvjetnika predstavlja udruženje poduzetnika. Međutim, trgovačko udruženje ne mora samostalno obavljati određene ekonomske djelatnosti da bi njegove odluke bile sankcionirane temeljem čl. 101. Iz sudske prakse proizlazi kako udruženje ne

Algemene Raad van, br. C-309/99 od 19. 02. 2002. govori se o odvjetničkoj komori.

94 U predmetu *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair*, br. 123/83 od 30. 01. 1985., ECR 1985., str. 391. radi se o udruženju osnovanim zakonskim propisom. U odluci Pabst radilo se o udruženju BNIA koje je predstavljalo udruženje proizvođača, kooperanata, destilera i distributara Armanac brendija. Sporna je bila činjenica što je BNIA posjedovao određene zakonske ovlasti. Činjenica da tijelo izvodi određene ovlasti iz zakonskog propisa nije dovoljno za izbjegavanje primjene članka 101. Sporna je bila odluka koja je usvojena na sastanku udruženja poduzetnika. Odluku nije usvojilo upravno tijelo. Komisija je navela kako je riječ o privatnoj trgovačkoj odluci koju je usvojila BNIA u ime svih poduzetnika koje predstavlja. 76/684/EEC: Commission Decision of 26 July 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.980 - Pabst & Richarz/BNIA), OJ L 231 od 21. 08. 1976., str. 24-29.

95 J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van*, br. C-309/99 od 19. 02. 2002., točke 45-49.

96 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera od 10. srpnja 2001. na predmet C-35/99, *Criminal proceedings against Manuele Arduino*, točke 47-50.

mora biti poduzetnik da bi njegove odluke bile podvrgnute pod čl. 101.⁹⁷ Drugim riječima čl. 101. se može primjenjivati na odluke udruženja poduzetnika, a ne i na njihove sporazume ako ne zadovoljavaju elemente za poduzetnika. Isto tako ako je udruženje određeno kao poduzetnik, tada se čl. 101. može primjenjivati i na odluke i sporazume koje ono zaključuje s drugim poduzetnicima.⁹⁸

Aktivnosti udruženja mogu imati koluzivni karakter. Jasno je kako njihove odluke spadaju unutar čl. 101. Međutim, Komisija i sudovi statute,⁹⁹ pravila ponašanja, kao i preporuke udruženja svojim članovima klasificiraju kao odluke. Trgovačko udruženje može izdati preporuku svojim članovima o održavanju stabilnosti cijena.¹⁰⁰ Iako je riječ o neobvezujućim aktima one u određenim okolnostima mogu biti unutar polja primjene čl. 101. i to posebno kada se izdaju kako bi usmjerili ponašanje svojih poduzetnika.¹⁰¹

U presudi *Vereeniging*, Europski sud je jasno naveo kako se pod pojmom odluke udruženja poduzetnika podrazumijevaju preporuke koje trgovačka udruženja daju svojim članovima bez obzira jesu li obvezujuće.¹⁰² Takve će se preporuke u smislu čl. 101. smatrati sporazumima jer njihova primjena znatno utječe na tržišno natjecanje. Važno je utvrditi primjenjuju li ih članovi i kakav je njihov utjecaj na tržište među državama članicama.¹⁰³ U predmetu *IAZ*¹⁰⁴ bila je riječ o preporuci prema kojoj su samo članovi udruženja dobavljača vode mogli priključiti samo one kućanske aparate koji su posjedovali potvrdu o sigurnosnim standardima koje je izdavalo određeno belgijsko udruženje.

Kako navodi Whish u takvim slučajevima važno je utvrditi jesu li članovi imali namjeru ponašati se u skladu s preporukama, i ako jesu, je li takvo ponašanje imalo znatan utjecaj na trgovinu unutar mjerodavnog tržišta.¹⁰⁵

97 *Cimenteries CBR and Others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 od 15. 03. 2000., ECR 2000., str. II-00491., točka 214.

98 Whish, R., op. cit., str. 98. i 99.

99 Prema praksi utvrđeno je kako statut udruženja može biti proglašen odlukom (80/917/EEC: Commission Decision of 9 July 1980 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/27.958 National Sulphuric Acid Association), OJ L 260 od 03. 10. 1980., str. 24-33.

100 Furse, M., op. cit., str. 144.

101 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 149.

102 Vidjeti *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities*. br. 8-72 od 17. 10. 1972., ECR 1972., str. 977.

103 Vidjeti još odluku *Fire Insurance* u kojem je udruženje osiguravatelja imovine usvojilo neobvezujuću preporuku. Ona je proglašena odlukom jer je usvojena kako bi koordinirala ponašanje svojih članova. 85/75/EEC: Commission Decision of 5 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.307 - Fire insurance (D)), OJ L 35 od 07. 02. 1985., str. 20-34., točke 62-69.

104 *NV IAZ International Belgium and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 96-102, 104, 105, 108 i 110/82 od 08. 11. 1983., ECR 1983., str. 3369.

105 Whish, R., op. cit., str. 98.

5.3. Usklađeno djelovanje

Pravilima tržišnog natjecanja pored izričitih sporazuma zabranjuju se i svi oblici prešutnog usklađenog djelovanja. Prema Jonesu, uvođenjem pojma usklađenog djelovanja u pravo tržišnog natjecanja uvodi se tzv. sigurnosni standard kojim se pokušava spriječiti izigravanje odredbi čl. 101.¹⁰⁶ Ono se mnogo teže dokazuje jer i kada se pojavi sumnja je li riječ o nekom obliku sporazuma stranke su uvijek motivirane dokazivati suprotno.¹⁰⁷

Pojam usklađenog djelovanja obuhvaća takvu suradnju među poduzetnicima gdje međusobna suradnja nije formalizirana. Školski primjer predstavlja situacija međusobnog razmjenjivanja cijena, popusta, podataka o prodaji i drugih podataka koji se odnose na uvjete i način prodaje čime se olakšava usklađivanje međusobnoga ponašanja. Riječ je o ponašanju koje stvara takve uvjete na tržištu koji odstupaju od normalnih okolnosti i samim time predstavljaju rizik za tržišno natjecanje. U procjenjivanju se uzima u obzir važnost i broj uključenih poduzetnika, vrstu proizvoda, ali i veličinu i prirodu tržišta. Sudionicima takvog djelovanja omogućeno je konsolidirati svoje pozicije na tržištu. Time se šteti slobodi kretanja robe na zajedničkom tržištu i izboru potrošača u odabiru svojih dobavljača.¹⁰⁸ "Svaki proizvođač može samostalno mijenjati cijene i pri tome uzimati u obzir sadašnje ili predvidljivo ponašanje svojih konkurenata, međutim, bit će protivno pravilima tržišnog natjecanja ukoliko proizvođač surađuje sa svojim konkurentima na bilo koji način, s ciljem koordiniranja ponašanja vezanog uz povećanje cijena..."¹⁰⁹

Ključni elementi koje je potrebno dokazati uključuju koordiniranje međusobnog ponašanja i neki oblik suradnje. Ne postoji nikakav dokaz međusobnih kontakata, ali je riječ o ponašanju koje odstupa od uobičajenih uvjeta na tržištu.¹¹⁰ Usklađeno djelovanje od sporazuma se razlikuje u načinu na koji se izražava zajednička namjera i nakon toga dokazuje.

Kategorija usklađenog djelovanja nastoji obuhvatiti sve one antikompetitivne prakse koje se ne mogu podvrgnuti pod definiciju sporazuma ili odluka koje usvajaju udruženja. Zajednička namjera je element koji postoji, i u sporazumu, i u usklađenom djelovanju, s razlikom što se kod sporazuma namjera konkretizira kroz pravno obvezujući oblik, dok kod usklađenog djelovanja prethodno nedostaje.¹¹¹

¹⁰⁶ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 150.

¹⁰⁷ Ibid., str. 127.

¹⁰⁸ Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 26-27. Radi se o spojenim predmetima u kojima je nekoliko poduzetnika nastojalo poništiti odluku Komisije kojom je utvrdila kršenje čl. 101. i 102. Komisija je uputila devet različitih pritužbi. Za ovu raspravu značajno je postojanje četiri situacije u kojima su poduzetnici uskladili svoje ponašanje kako bi zaštitili tržište šećera u Italiji, Nizozemskoj, kao i zapadnim i sjevernim dijelovima Njemačke.

¹⁰⁹ Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, br. 48-69 od 14. 07. 1972., ECR 1972., str. 619., točka 118. Alnors - Llorens, A., op. cit., str. 24. i dalje.

¹¹⁰ Vaughan, D., op. cit., str. 62.

¹¹¹ Odudu, O., The Boundaries..., op. cit., str. 72.

Koncept je dodan kako stranke ne bi regulirale svoje ponašanje u jednom smjeru i tako izbjegle primjenu čl. 101.¹¹² Razgraničenje između pojmova sporazuma i usklađenog djelovanja je nejasno. Posebno kada je riječ o kompleksnim ili prešutnim sporazumima.¹¹³ Slično ili usporedno ponašanje poduzetnika može ukazivati na usklađeno djelovanje. Bitno je prepoznati i sankcionirati takva ponašanja jer bi time stranke mogle usmjeriti svoja antikompetitivna ponašanja bez sklapanja sporazuma. Međutim u konačnici razlikovanje gubi na značaju, te se smatra važnim utvrditi je li riječ o koluzivnom ponašanju. Kada Komisija utvrdi kako je riječ o antikompetitivnom ponašanju, sasvim je irelevantno je li riječ o izričitom ili prešutnom obliku usklađenog ponašanja.¹¹⁴ U pojedinim odlukama Komisija je samo zaključila kako je riječ o sporazumu i usklađenom ponašanju bez detaljnog preciziranja i međusobnog razgraničenja.¹¹⁵ Posebno kada je riječ o kompleksnim kršenjima prava tržišnog natjecanja koji u sebi uključuju veliki broj poduzetnika, Komisija ne mora pokazati precizno o kojem je kršenju riječ jer su i sporazumi i usklađeno ponašanje obuhvaćeni čl. 101.¹¹⁶

Ipak pojam ne treba previše široko tumačiti. Nužno je nametnuti određene granice kako bi se izbjegla osuda svakog ponašanja koje ima neke naznake usklađenog djelovanja. Takva analiza zahtijeva analizu tržišta, odnosno vidjeti postoje li određena odstupanja između predvidljivog ponašanja i onog koje se ispituje. Granice se utvrđene u presudi *Wood Pulp*. Komisija je pokrenula postupak protiv 43 poduzetnika proizvođača drvene mase koja se koristi u proizvodnji papira. Proizvođači drvene mase su unaprijed svojim klijentima objavljivali maksimalne cijene. Cijene su se objavljivale u specijaliziranim časopisima te su svima bile dostupne. Kroz dugi niz godina moglo se zapaziti kako je rast cijena bio ujednačen bez obzira što su se vremenom zalihe drvene mase povećavale i proizvodni troškovi su varirali. Komisija je našla kako je riječ o usklađenom ponašanju na tržištu. Bila je

112 Prva odluka u kojoj je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja raspravljala o paralelnom djelovanju poduzetnika glede cijena je odluka „Kartel autobusnih prijevoznika“. U ovom slučaju nije postojalo pisani trag o ujednačenim cijenama. Agencija je odluku utemeljila na dokazima o paralelnom ponašanju poduzetnika na tržištu, dokazima o telefonskim kontaktima radi dogovora o cijenama, dopisima, ali i izjavama pojedinih poduzetnika o dogovoru o cijenama autobusnih karata (Autobusni promet d.d. Varaždin i dr., klasa UP/I-030-02/2006-01/39, odluka od 24. 09. 2007., NN br. 115/07). O tome više Pecotić Kaufman, J., op. cit., 217. i dalje.

113 Alnors - Llorens, A., op. cit., str. 23.

114 Vidjeti 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

115 Vidjeti 80/182/EEC: Commission Decision of 28 November 1979 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.672-Floral), OJ L 39 od 15. 02. 1980., str. 51-63.

116 Vidjeti Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG and Enichem SpA v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 od 20. 04. 1999., ECR 1999., str. II-00931., točka 696.

riječ o paralelnom ponašanju poduzetnika što je Komisija zaključila nakon analize tržišta i provedenih ekonomskih analiza. Na tržištu je doista postojala konkurencija te je upravo takva politika cijena jedino mogla upućivati na usklađeno ponašanje.¹¹⁷ Međutim, Europski sud je bio drugačijeg mišljenja. Prema njemu Komisija se ne može osloniti isključivo na činjenicu paralelnog ponašanja poduzetnika kako bi dokazala usklađeno djelovanje. Potrebno je provesti detaljne ekonomske analize. Sud je temeljem ekonomskih analiza zaključio kako se ovaj oblik paralelnog ponašanja može opravdati. Samo objavljivanje cijena nije bilo dovoljno za zaključak kako je riječ o usklađenom ponašanju. Prema mišljenju Suda, nedostajao je ključni element, element predvidljivosti u budućem ponašanju konkurenata.¹¹⁸ Smatrao je kako je riječ o objavljivanju cijena kako bi se potrošači s njima upoznali. Nije postojalo nikakvo jamstvo da će nakon objavljenih cijena konkurenti na određeni način reagirati. Sud je u ovom slučaju postupio vrlo rigorozno. Iako u ovom slučaju Sud ponašanje nije okarakterizirao kao usklađeno djelovanje, nije sasvim jasno hoće li uvijek takve situacije biti izvan polja primjene čl. 101. Objava cijena u nekom časopisu može olakšati položaj ostaloj konkurenciji u usklađivanju cijena i samim time ponašanja na tržištu.¹¹⁹ U svakom slučaju ova razmatranja traže kompleksne ekonomske analize. Ključan je element nekog oblika mentalnog konsenzusa, ali i određeni oblik reciprociteta u ponašanju.

Svaki oblik međusobne komunikacije može se kvalificirati kao usklađeno ponašanje. U presudi *Polypropylene*, Europski sud je proglasio sudjelovanje na sastancima na kojima se dogovarala politika cijena kao usklađeno djelovanje bez obzira na činjenicu što stranke nisu sudjelovale u raspravi ili nisu prisustvovala svima. Nazočnost na sastancima konkurentima može omogućiti olakšati dobivanje korisnih informacija koje će im pomoći u usvajanju budućih poslovnih odluka. Ukoliko poduzetnici dokažu kako nisu imali nikakvu antikompetitivnu namjeru s čime su upoznali ostale, tada to ponašanje neće biti okarakterizirano kao kršenje čl. 101.¹²⁰

Komisija često pribjegava konceptu usklađenog ponašanja kada je riječ o nekom obliku ograničenja tržišnog natjecanja, ali ne postoje konkretni dokazi.¹²¹ Važno je napomenuti kako usklađena djelovanja među trgovačkim društvima, koja čine dio jednog gospodarskog subjekta, se ne smatraju usklađenim djelovanjem u

117 85/202/EEC: Commission Decision of 19 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.725 - Wood pulp), OJ L 85 od 26. 03. 1985., str. I-52., točke 82 i 83.

118 A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities., spojeni predmeti br. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85 od 31. 03. 1993., ECR 1993., str I-1307., točke 64. i 65.

119 Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004., str. 57.

120 Vidjeti spojene predmete *Aalborg Portland A/S i dr. v. Commission of the European Communities*, br. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 od 07. 01. 2004., 2004/C 59/01, točka 81. presude.

121 Vaughan, D., op. cit., str. 63.

smislu čl. 101.¹²²

Pod konceptom usklađenog djelovanja može se podvesti široki spektar ponašanja. Sud se ponekad trudi jasno razgraničiti sporazume od usklađenog djelovanja. U konačnici nije niti važno jer su i jedni i drugi obuhvaćeni čl. 101. Ponekad određena ponašanja imaju elemente i jednog i drugog, te je sasvim nevažna rigidna podjela.¹²³

Razlikovanje u odnosu na sporazum dolazi do izražaja u fazi dokazivanja. Kada postoji pisani trag sporazuma dovoljno je pokazati njegovu antikompetitivnost. Međutim, kada je riječ o usklađenom djelovanju najprije treba dokazati činjenicu kako takva praksa doista i postoji, odnosno vidjeti kakvo je naknadno ponašanje sudionika na tržištu i pronaći vezu između uzroka i učinka sporazumijevanja¹²⁴ i utvrditi je li suprotna čl. 101. Dokazuje se posredni ili neposredni kontakt među poduzetnicima ili kako Vaughan naziva njihovo uzajamno razumijevanje.¹²⁵ Praksa nastoji obuhvatiti sve oblike mogućeg sporazumijevanja. Primjerice u predmetu *ICI* stranke su povisile cijene za isti proizvod u identičnom postotku i to gotovo istodobno. Europski sud je zaključio kako je riječ o usklađenom djelovanju budući da nije pronašao nikakvo drugo opravdanje za takvo ponašanje. Sud je svoju odluku podupro raznim činjenicama. Posebno je bio zanimljiv vremenski period u kojem su cijene povišene i visina cijena. Sud je naveo kako, iako paralelno ponašanje samo po sebi ne predstavlja usklađeno ponašanje, ono može predstavljati dovoljno čvrsti dokaz usklađenoga ponašanja ako stvara takve okolnosti koja odstupaju od normalnih tržišnih uvjeta.¹²⁶ Prema Sudu važno je ispitati tržište. Sud je utvrdio kako sličnost u cijenama se ne može objasniti na drugi način nego kao rezultat nezavisnog paralelnog ponašanja poduzetnika. Takvim postupanjem poduzetnici su otklonili nepredvidljivost na tržištu. Svaki je mogao pretpostaviti kako će se drugi poduzetnik ponašati.¹²⁷ Europski sud je u presudi *Suiker Unie* naglasio kako nije nužno dokazati postojanje plana.¹²⁸ Dovoljno je pokazati kako postoji direktni ili indirektni

122 *Ford of Europe Incorporated and Ford-Werke Aktiengesellschaft v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 228 i 229/82 od 28. 02. 1984., ECR 1984., str. 01129.

123 *Vidjeti SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities*, br. T-7/89 od 17. 12. 1991., ECR 1991., str. II-01711.

124 *Vidjeti Hüls AG v. Commission of the European Communities*, br. C-199/92 P. od 08. 07. 1999., ECR 1999., str. I-4287., točka 161. Činjenice slučaja: Nekoliko poduzetnika aktivnih u europskoj petrokemijskoj industriji podnijelo je zahtjev za poništenje presude Općeg suda. Proizvođači su bili optuženi za kršenje čl. 101. jer su se regularno sastajali i određivali targetirane cijene. Razvili su takav sustav kojim se nadzirao volumen prodaje s namjerom podjele tržišta prema dogovorenim targetima koji su bili u postotku ili tonaži. Hüls koji je tom odlukom pored ostalih proglašen krivim i novčano kažnjen, tražio je poništenje odluke.

125 *Vaughan, D.*, op. cit., str. 64.

126 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities*, br. 48-69 od 14. 07. 1972., ECR 1972., str. 619., točke 65-68.

127 *Ibid.*, točka 18.

128 *British Sugar v. Commission*, br. C-359/01 P od 29. 04. 2004., točke 173-174. *Vidjeti još i 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene)*, OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

kontakt među poduzetnicima čiji je cilj ili učinak utjecati na ponašanje stvarnog ili potencijalnog konkurenta na tržištu ili mu otkriti ponašanje koje su odlučili usvojiti ili razmišljaju usvojiti na tržištu.¹²⁹

Kod ovog oblika ograničenja tržišnog natjecanja potreban je izniman oprez. Slično ponašanje konkurenata na tržištu ne mora nužno upućivati na usklađeno djelovanje. Moguće da je to samo prilagođavanje postojećim tržišnim pozicijama. Ponekad je teško razgraničiti situacije paralelnog ponašanja koje su rezultat usklađenog ponašanja od normalnih ponašanja na tržištu. Presudom *ICI i Suiker Unie* postavljen je pravni standard za procjenjivanje usklađenog ponašanja. Potreban je neki oblik mentalnog konsenzusa, kao i činjenica da konsenzus ne treba biti usmeno izražen, već ga je moguće ostvariti direktnim ili indirektnim kontaktom između poduzetnika.¹³⁰

Ipak je nužno dokazati neki oblik međusobnog kontakta koji utječe na ponašanje poduzetnika. Traži se neka povratna informacija. Mora se dokazati kako postoje neke informacije koje ili nije moguće naći na tržištu ili je riječ o takvim podacima koji imaju značajan utjecaj na poslovne odluke.¹³¹ Bit je u tome da se uvijek analizira potencijalno antikompetitivno ponašanje i okolnosti koje ga okružuju. Uvijek treba pokušati vidjeti postoje li neki konkretni dokazi.

Međutim, najvažnije je utvrditi je li došlo do nekog oblika suradnje. Pojam usklađenog djelovanja uključuje konzultiranje među poduzetnicima i naknadno ponašanje na tržištu. Za dokazivanje dovoljno je utvrditi da su poduzetnici razmijenili određene informacije koje određuju njihovo ponašanje na tržištu. Tako je Komisija osudila situacije kada su poduzetnici razmjenjivali statističke podatke odnosno podatke o prodaji.¹³² Iako su takvi podaci javno dostupni, ponašanje će se klasificirati kao usklađeno jer zahvaljujući njima im je uštedeno vrijeme.

Situacija u kojoj poduzetnici šalju jedni drugima iznimno detaljne podatke, mogu upućivati na zaključak kako je riječ o nekom obliku usklađenog djelovanja. Zanimljivo, u predmetu *COBELPA* bila je riječ o stvarnom razmjenjivanju podataka bez sklopljenog sporazuma. Belgijska i nizozemska udruženja u području papirne industrije, Cobelpa/VNP,¹³³ obavijestili su Komisiju o usklađenom djelovanju između belgijskih i nizozemskih proizvođača papira i uredskog pribora. Oni su međusobno izmjenjivali statističke podatke, obavješćivali se o cijenama, uvjetima prodaje, nabave i plaćanja. Sudjelovali su u radnim skupinama za standardizaciju kvalitete i usklađivanje nomenklature. Čak su stranke neko vrijeme primjenjivale praksu

129 Vidjeti Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 159-166., SA Musique Diffusion française and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 7. 6. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 425.

130 Whish, R., op. cit., str. 100.

131 Vaughan, D., op. cit., str. 64.

132 Ibid., str. 66.

133 77/592/EEC: Commission Decision of 8 September 1977 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/312-366 - COBELPA/VNP), OJ L 242 od 21. 09. 1977., str. 10-19.

usklađivanja cijena, ali su u vrijeme ispitivanja sporazuma s time prestale. Stranke su izmjenjivale informacije koje se odnose na prodaju. Prema Komisiji jedino logično objašnjenje za takvo postupanje je koordinirati međusobnu marketinšku strategiju i stvoriti takve uvjete konkurencije koji odstupaju od normalnih uvjeta na tržištu. Time se uobičajena situacija konkurencije u cijenama zamjenjuje međusobnom suradnjom.¹³⁴ Takvo ponašanje ograničava tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.

5.4. Primjena članka 101. UFEU na jednostrana postupanja

Poduzetnik koji samostalno posluje na tržištu ne potpada pod polje primjene čl. 101. i njegovo postupanje eventualno može biti sankcionirano pozivanjem na čl. 102., ali samo ako se nalazi u vladajućem položaju.

Iznimno je važno oprezno razmatrati pojedine situacije jer ponekad se može činiti kako određena situacija spada unutar čl. 102., a u stvari je riječ o određenom obliku sporazuma. O tome je već bilo govora. Bilo je riječi o situacijama u kojima poduzetnici unaprijed predstavljaju svoju buduću strategiju. U spomenutom predmetu *ICI*, poduzetnici su na sastancima unaprijed oglašavali povećanja cijena. To su isticali puno prije nego što se to doista i trebalo dogoditi. Ovisno o tome hoće li drugi poduzetnici prihvatiti takvu politiku tako će se određena situacija okarakterizirati. Isto tako, Komisija je u predmetu *Wood pulp* navela, kako je najavljivanjem povećanja cijena puno prije nego što će se doista i dogoditi, pruženo dovoljno vremena ostalim konkurentima za usklađivanje cijena.

Isto se tako na prvi pogled može činiti kako kršenje čini isključivo jedan poduzetnik. Takvo naočigled jednostrano postupanje bilo je predmet rasprave u odluci *Johnson*.¹³⁵ Komisija je ispitivala situaciju u kojoj su poduzetnik i njegove podružnice provodile politiku s ciljem otežavanja izvoza testova za otkrivanje trudnoće iz Velike Britanije u Njemačku. Poduzetnik Johnson je prijetio dobavljačima da ukoliko budu izvozili robu zaustavit će ili zadržati dostavu. Iako je takvo ponašanje moguće progoniti pozivanjem na čl. 102., Komisija se opredijelila na čl. 101., jer je pronašla da, iako je akcija bila na prvi pogled jednostrana, svi su distributeri bili upoznati s uvjetima i na njih su pristali.¹³⁶ O takvim na prvi pogled jednostranim ponašanjima se raspravljalo u odlukama koje su se odnosile na sustav distribucije. U tom smislu zanimljivo je promatrati kako se stajalište Europskog suda s godinama radikalno izmijenilo.

U presudi *Telefunken*¹³⁷ proizvođač električnih uređaja AEG koristio se sustavom selektivne distribucije u svim državama članicama Europske unije. Prema

¹³⁴ Ibid., točka 29.

¹³⁵ 80/1283/EEC: Commission Decision of 25 November 1980 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.702: Johnson & Johnson), OJ L 377 od 31. 12. 1980. P., str. 16-27.

¹³⁶ Furse, M., op. cit., str. 144.

¹³⁷ Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Commission of the European Communities, br. 107/82 od 25. 10. 1983., ECR 1983., str. 3151.

mišljenju Komisije takav sustav selektivne distribucije je kršio čl. 101. Cijene je određivao isključivo AEG. Poduzetnik AEG se branio kako su sporni akti bilo strogo jednostrani i kako se na njih nije primjenjivao čl. 101. Sud je naveo kako ovdje nije bila riječ o jednostranom ponašanju jer se radilo o ugovornim vezama između AEG-a i njegovih ovlaštenih distributera. Naveo je kako AEG-ov sustav selektivne distribucije krši čl. 101. Ideja AEG-a bila je zadržati visoke cijene. Nadalje ističe kako svi distributeri, kojima se dopustilo da budu dio sustava distribucije i oni koji su nastavili primati dobra su implicitno pristali na antikompetitivne uvjete koje je nametnuo AEG. Došlo je do nekog oblika suradnje u smislu čl. 101. U predmetu *Ford* Europski sud je utvrdio kako Fordova politika, koja je odbijala dostavu Fordovih automobila s volanom na desnoj strani, je bila dio ugovornih veza između Forda i njemačkih distributera.¹³⁸ Presuda *Ford* je na neki način nastavak na predmet AEG. U ova dva predmeta Europski sud nije tražio dokaz o pristanku distributera na takvu politiku. Više puta spominjana odluka *Sandoz* je na prvi pogled mogla ukazivati na jednostrano postupanje, ali kako je već objašnjeno, radilo se o sporazumu.¹³⁹ Takav pogled olakšava dokazivanje u situacijama kada je riječ o kontinuiranim poslovnim vezama između dobavljača i distributera. Prema mišljenju Lianos Europski sud primjenjuje instrumentalan pristup.¹⁴⁰ U doktrini se dosta o tome raspravljalo. Smatra se kako je ovo tumačenje preširoko jer se time može staviti pod upitnik svako ponašanje koje bi moglo utjecati na integraciju tržišta.¹⁴¹

Prekretnica u prethodnom procjenjivanju je presuda *Bayer*. Nakon nje, izričito se zahtijeva dokaz o usuglašenosti volje poduzetnika, a što u prethodnim odlukama nije bio slučaj. U *AEG* i *Fordu*, Sud nije bio mišljenja kako je potrebno pokazati kako su distributeri pristali na njihovu politiku. Presudi *Bayer* je prethodila odluka Komisije *ADALAT*¹⁴² koja je ujedno jedna od prvih odluka u kojima se raspravljalo o jednostranom ponašanju. Činjenice su sljedeće. Postojala je znatna razlika u cijenama Bayerovih lijekova za kardiovaskularne bolesti u Velikoj Britaniji s jedne strane i Francuskoj i Španjolskoj s druge strane. Kao rezultat toga, francuski i španjolski veletrgovci su ponovno izvozili ADALAT na britansko tržište. Kao

138 *Ford - Werke AG and Ford of Europe Inc. V. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 25 i 26/84 od 17. 09. 1985., ECR 1985., str. 02725.

139 Stav je kasnije Sud potvrdio u presudi povodom žalbe, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-00045., kao i *Tipp-Ex GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, br. C-279/87 od 08. 02. 1990., ECR 1990., str. I-00261. Još vidjeti: 91/153/EEC: Commission Decision of 11 January 1991 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.624 - Vichy), OJ L 75 od 21. 03. 1991., str. 57-63., 88/172/EEC: Commission Decision of 18 December 1987 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.503 - Konica), OJ L 78 od 23. 03. 1988., str. 34-43., 90/38/EEC: Commission Decision of 13 December 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.026 - Bayo-n-ox), OJ L 21 od 26. 01. 1990., str. 71-79.

140 Lianos, Ioannis, *Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC*, Common Market Law Review, vol. 45., 2008., str. 1040.

141 Loc. cit.

142 96/478/EC: Commission Decision of 10 January 1996 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Case IV/34.279/F3 - ADALAT), OJ L 201 od 09. 08. 1996., str. 1-81.

odgovor na tu politiku, Bayer je ograničio količine proizvoda koje je dostavljao španjolskim i francuskim dobavljačima u odnosu na one koje su prvobitno bile naručene. Kao posljedica toga, veletrgovci su prestali izvoziti na britansko tržište. Komisija je utvrdila kako takva zabrana izvoza s ciljem sprječavanja paralelnog izvoza lijekova krši čl. 101. Čini se kako je Komisija pojam sporazuma ipak preširoko tumačila. Uobičajena praksa prema kojoj Opći sud najčešće potvrdi odluku Komisije u ovom je predmetu izmijenjena. Naime, Komisija je utvrdila kako je postojao prešutni sporazum između Bayera i njegovih veletrgovca o tome kako neće izvoziti u Veliku Britaniju. Prema Komisiji to se moglo dokazati time što su veletrgovci prestali dobavljati lijekove u Veliku Britaniju. Međutim u ovom slučaju nije postojala zajednička namjera. Prodavatelji su naravno željeli dobivati što više proizvoda kako bi ih prodavali u Velikoj Britaniji. Bayer nije poricao činjenicu kako je smanjio dostavu lijekova u Španjolskoj i Francuskoj, ali je isticao kako je bila riječ isključivo o jednostranom ponašanju. Bayer se žalio na odluku Komisije i na iznos kazne. Opći sud je za razliku od Komisije utvrdio kako tu nije bilo riječi o sporazumu. Komisija nije dokazala postojanje sporazuma. Prema stajalištu Suda u ovom slučaju nije bilo pristanka ili prešutne suglasnosti na Bayerove akte. Čl. 101. se primjenjuje samo na koordinirana bilateralna ili multilateralna ponašanja.¹⁴³ U ovom slučaju bilo je riječi o jednostranoj politici Bayera. Za razliku od *Bayera*, u predmetima *AEG* i *Ford* bila je riječ o izričitom ili prešutnom prihvatanju određenih akata. Opći sud je poništio odluku Komisije koja je utvrdila kako je izvozna dozvola prešutno uključena u ugovor o distribuciji. Ustanovio je kako Bayer nije namjeravao nadzirati ponašanja individualnih veletrgovca ili uvjetovati dostavu konačnom destinacijom proizvoda.

Sud je naveo kako se sporazum „centrira oko postojanja suglasnosti volja između barem dviju stranaka, oblik u kojem se manifestira je nevažan sve dok predstavlja istinito izražavanje namjera stranaka“¹⁴⁴. Sporazum će postojati ukoliko jedna strana pristane prešutno na praksu i mjere koja usvaja druga strana.¹⁴⁵ Opći sud je poništio odluku Komisije jer prema njemu Komisija nije smjela tako široko tumačiti pojam sporazuma. U ovom je slučaju bila riječ o jednostranom ponašanju koje nije kršilo čl. 101., iako je cilj takvog ponašanja bio spriječiti paralelni izvoz, ograničiti tržišno natjecanje i trgovinu između država članica. Prema Sudu Komisija nema ovlasti širiti ili sužavati Ugovorne odredbe.¹⁴⁶

Prema Whishu ovu presudu ne treba podcjenjivati. Prema njemu, da je Sud potvrdio odluku Komisije to bi dovelo do preširokog tumačenja pojma sporazuma, odnosno Komisija bi imale preširoke ovlasti u tumačenju ograničenja paralelne

143 Bayer AG v. Commission of the European Communities, br. T-41/96 od 26. 10. 2000., ECR 2000., str. II-3383., točka 64.

144 Ibid., točka 69.

145 Ibid., točka 71.

146 Ibid., točka 179. Na odluku Općeg suda Komisija je uputila žalbu Europskom sudu koji je potvrdio presudu Općeg suda, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. C-2/01 P and C-3/01 P od 06. 01. 2004.

trgovine.¹⁴⁷ Prethodno razmišljanje Suda našlo je svoju potvrdu i u kasnijim presudama.¹⁴⁸ Zahtijeva se jasan dokaz o prešutnoj suglasnosti. Traže se jači argumenti od onih koje je Komisija prvobitno zahtijevala.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Članak 101. UFEU primjenjuje se na tri povezane, ali ujedno konceptualno različite situacije: sporazume, odluke udruženja i usklađeno ponašanje poduzetnika. Komisija i sudovi pod pojmom „sporazuma“ nastoje obuhvatiti sve moguće situacije u kojima bi poduzetnici mogli usuglasiti svoje ponašanje. Pojam se tumači vrlo široko kako poduzetnici ne bi različitim oblicima dogovora zaobišli primjenu članka 101. i samim time ništavost sporazuma.

Kako bi izbjegli primjenu propisa tržišnog natjecanja poduzetnici su često motivirani na sklapanje tajnog sporazuma ili usklađivanja svojeg ponašanja. Komisija i sudovi morali su pronaći mehanizme kojima će kazniti odnosno nadzirati razne neformalne oblike suradnje. U ovom je segmentu ključno djelovanje agencija i sudova u prepoznavanju i sankcioniranju mogućih zabranjenih ponašanja. Važno je prepoznati parametre kojima će se razlučiti nezavisno ponašanje poduzetnika na konkurentnom tržištu od nezakonitog dogovaranja.¹⁴⁹ Ono što je Komisiju oduvijek zanimalo je utvrđivanje namjere među sudionicima koluzije. Forma nije važna. Ispituje se istinska namjera poduzetnika, odnosno ograničava li takvo ponašanje tržišno natjecanje među državama članicama.

Pojam usklađenog djelovanja od pojma sporazuma razlikuju se po svojem intenzitetu i obliku u kojem se manifestira. Uvođenje pojma usklađenoga djelovanja bilo je nužno kako bi se ostavila mogućnost sankcioniranja određenih oblika paralelnih ponašanja. Kategorija usklađenog djelovanja čini vrlo fluidan koncept. S jedne strane pod tim pojmom nastoji se obuhvatiti najveći broj mogućih ponašanja, dok s druge kategorija je vrlo nejasna i dvosmislena. Postoji opasnost da se pod tim pojmom obuhvati bilo koja aktivnost među poduzetnicima koja se ne može dokazati pisanim sporazumom. Neophodno je postaviti određene granice u tumačenju pojma. Europski sud je pojam usklađenog ponašanja pojasnio u predmetu *ICI* gdje je naveo kako samo paralelno ponašanje ne predstavlja usklađeno djelovanje, ali može pružiti ozbiljne naznake o mogućem usklađenom ponašanju. Kasnije, u predmetu *Suiker Unie* naglašava kako nije nužno dokazati postojanje određenog plana s namjerom usklađivanja ponašanja. Predmet *Polypropylene* je odredio kako će se sankcionirati i sudjelovanje na sastancima, osim ako se poduzetnici ne ograde od mogućih antikompetitivnih stavova. Nakon predmeta *Cement* zahtijeva se određeni oblik reciprociteta u ponašanju.

¹⁴⁷ Whish, R., op. cit., str. 106.

¹⁴⁸ Vidjeti presude: Volkswagen Ag v. Commission of the European Communities, br. T-208/01 od 03. 12. 2003., General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v. Commission of the European Communities, br. T-368/00 od 21. 10. 2003., DaimlerChrysler v. Commission, br. T-325/01 od 15. 09. 2005.

¹⁴⁹ Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 27.

Isključivo jednostrano djelovanje poduzetnika neće biti sankcionirano člankom 101. Eventualno bi se takvog poduzetnika moglo osuditi pozivanjem na zabranu zloporabe svojeg položaja, ali samo ako zauzima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu. U takvim situacijama nužan je oprez jer ponekad, posebno u ugovorima o distribuciji dobavljač može u sustavu distribucije provoditi restriktivnu politiku koja je na prvi pogled jednostrana, ali su na nju izričito ili prešutno pristali ostali distributeri. Temeljno razlikovanje je napravljeno u odluci *ADALAT* odnosno presudi *Bayer*. Opći sud u *Bayeru* je postavio granice mogućem preširokom tumačenju pojma jednostranog ponašanja.

Karakteristike sporazuma, odluke udruženja poduzetnika i pojma usklađenog djelovanja često se međusobno preklapaju. Vidjelo se kako Komisija i sudovi često kompleksne kartele određuju kao sporazume, ali pronalaze i elemente usklađenoga djelovanja. Europski sud u presudi *Polypropylene* naglašava kako se članak 101. primjenjuje na sve oblike koluzije među poduzetnicima bez obzira na oblik koji poprimaju. U konačnici nema nikakvih razlika u supstantivnom ispitivanju je li riječ o sporazumu ili usklađenom djelovanju. Razlika je u njihovom dokazivanju. Sporazum traži dokazivanje zajedničke namjere, dok kod usklađenog djelovanja dovoljno je dokazati određeni oblik komunikacije.¹⁵⁰

Prema gledištu Komisije, ako se utvrdi kompleksno kršenje tijekom duljeg vremenskog perioda sasvim je nebitno je li riječ o sporazumu ili usklađenom djelovanju. Pojedine situacije se često međusobno preklapaju jer jedan sporazum može imati istovremeno i karakteristike ugovora i usklađenog djelovanja.¹⁵¹ Kako navodi Odudu, regulatore bi trebalo zanimati zašto se poduzetnici uključuju u takve oblike suradnje.¹⁵² Nije toliko važno utvrditi i precizirati o kakvom se obliku suradnje radi, već koji su motivi iza nje.

Pravilima tržišnog natjecanja štiti se slobodno tržište s raznolikim brojem proizvoda i usluga. Time se osigurava kompetitivnost tržišta s velikim brojem mogućnosti na raspolaganju na kojem potrošač može nesmetano birati oslobođen bilo kakvih utjecaja.¹⁵³ U takvim situacijama potrošačko blagostanje se maksimizira, odnosno kako se u doktrini ističe postiže se samostalnost, ili tzv. suverenitet potrošača,¹⁵⁴ a što i odgovara mišljenju kako je najvažniji cilj prava tržišnog natjecanja povećanje blagostanje potrošača.

¹⁵⁰ Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., 96.

¹⁵¹ Tako je u odluci *Interbrew and Alken-Maes* riječ o dugoročnim i kompleksnim restriktivnim sporazumima na belgijskom tržištu piva. *Interbrew NV i Alken-Maes NV*, najveći dobavljači piva na belgijskom tržištu, konzultirali su se i zaključili sporazume o "međusobnoj neagresivnosti", cijenama i promocijama u poslovnim prostorijama, ograničenju investicija i oglašavanja, podjeli klijenata i novom sustavu cijena. Commission Decision of 5 December 2001, Case IV/37.614/F3 PO/*Interbrew and Alken-Maes*, OJ L 200 od 07. 08. 2003., str. 1-58., točka 223.

¹⁵² Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 82.

¹⁵³ Lande, Robert, H., *Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust*, University of Pittsburgh Law Review, vol. 62., 2000-2001., str. 1.

¹⁵⁴ O tome više: Lande, Robert, H., Averitt, Neil, W., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, vol. 65., 1996-1997., str. 722. i 723.

Summary

PROHIBITED AGREEMENTS IN THE EUROPEAN COMPETITION LAW

All agreements and other collusive actions between undertakings which restrict competition and affect trade between Member States are prohibited according to the Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. It is necessary to fulfil certain conditions in order to apply the prohibition. One of them presumes the existence of the “agreement” formed by undertakings. The notion of the “agreement” covers agreements, decisions taken by associations and any other form of concerted practices developed by undertakings.

The Treaty does not contain a definition of “agreement”, and therefore, the meaning of it has been defined within court practice. Due to the fact that it is extremely difficult to distinguish between situations in which undertakings in intelligent manner respond to reactions of their competitors and situations in which they advisedly act with knowledge about other’s behaviour, it is of the most importance to determine some common characteristics which should be taken into consideration when interpreting the notion of “agreement”. Having this in mind, the author in the article discusses and analyses the most important decisions of the Commission and judgments of the European Union courts with the effort to detect their common parameters.

A special attention has been given to the category of concerted practices. Under this category all sorts of uncompetitive practices are included, for example the one which could not be embraced by the definition of the agreement or decisions taken by associations. It is especially interesting to see what has to be concluded with regard to unilateral actions.

The author concludes that the concept of the “agreement”, as interpreted in court practice, means existence of will between at least two parties no matter the form of its manifestation if there is a clear expression of intent of the parties.

Key words: *competition, European Law, agreements between undertakings, decisions taken by associations, concerted practices.*

Zusammenfassung

VERBOTENE VEREINBARUNGEN IM EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHT

Mit Artikel 101. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind alle Vereinbarungen und andere abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die den Wettbewerb und somit den Handel auf dem Binnenmarkt beeinträchtigen, verboten. Damit dieses Verbot Anwendung findet, müssen bestimmte Bedingungen erfüllt werden. Als Erstes muss eine „Vereinbarung“ zwischen den Unternehmen bestehen, wobei unter „Vereinbarung“ alle Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen wie auch andere abgestimmte Verhaltensweisen zu verstehen sind.

Da der AEUV keine feste Definition der Vereinbarung beinhaltet, bekommt dieser Begriff erst durch die Rechtsprechung eine Bedeutung. In der Auslegung dieses Begriffes müssen einige gemeinsame Merkmale festgestellt werden, weil es äußerst schwierig ist zwischen Situationen, in denen Unternehmen nur intelligent auf ihre Konkurrenz reagieren und Situation, in denen sie abgestimmt handeln, zu unterscheiden. Insofern analysiert diese Arbeit die wichtigsten Urteile der EU-Gerichte und versucht auf Gemeinsamkeiten in den Urteilen hinzudeuten.

Als besonders wichtig wird die abgestimmte Verhaltensweise betont. Diese Kategorie sollte alle Verhaltensweisen umfassen, die zur Wettbewerbsverzerrungen führen können und nicht als Vereinbarung definiert werden können, wobei einseitiges Handeln als besonders interessant erscheint

Es wird geschlossen, dass die Auslegung des Begriffes der Vereinbarung durch die Rechtsprechung auf die Existenz des Willens zwischen mindestens zwei Parteien deutet, während die Offenbarungsform dieses Willens unwichtig ist, solange die Parteien ihre Absicht ehrlich zeigen.

Schlüsselwörter: *Wettbewerb, Europäisches Recht, Vereinbarungen von Unternehmen, Entscheidungen über das Zusammenkommen von Unternehmen, abgestimmte Verhaltensweise.*

Riassunto

GLI ACCORDI VIETATI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

L'art. 101 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea vieta qualsiasi accordo o comportamento collusivo tra imprenditori, che limiti la libera concorrenza e che influisca sul mercato tra Stati membri. Affinché il divieto operi, necessariamente devono sussistere alcune condizioni. Una di queste prevede l'esistenza di un "accordo" tra imprenditori; intendendo con tale termine gli accordi, le decisioni di associarsi e qualsiasi forma di comportamento coordinato degli imprenditori.

Nel Trattato non esiste una definizione di „accordo“, sicché essa viene individuata dalla prassi giurisprudenziale. Posto che è particolarmente difficile distinguere situazioni nelle quali gli imprenditori reagiscono intelligentemente alle reazioni dei propri concorrenti da quelle situazioni nelle quali operano coscientemente consapevoli del comportamento dell'altro, è importante accertare certe caratteristiche comuni nell'interpretazione del termine "accordo". Per questo motivo nel lavoro si osservano ed esaminano le più significative decisioni della Commissione e le sentenze delle corti dell'Unione europea nell'intento di individuare parametri comuni nelle loro considerazioni.

Particolare attenzione viene dedicata alla categoria del comportamento coordinato, la quale tende ad abbracciare tutte quelle pratiche anticoncorrenziali che non si possono annoverare nella definizione di accordo o di decisioni che prevedono associazioni.

E' particolarmente interessante riflettere sulle situazioni che prevedono comportamenti unilaterali.

Si perviene alla conclusione che il concetto di „accordo“, così come inteso nella prassi giurisprudenziale, s'indirizza sull'esistenza della volontà tra (almeno) due parti; mentre la forma, nella quale si manifesta, non è rilevante qualora esista una chiara manifestazione dell'intenzione delle parti.

Parole chiave: *concorrenza, diritto europeo, accordi tra imprenditori,
decisioni di associazione tra gli imprenditori,
comportamento coordinato.*